From M.
33 £

Baumeister

Das

Anwachsungsrecht unter Miterben

nach

Römischem Rechte.

Ein Versuch

von

Hermann Baumeister,
Doctor der Rechte.

Tübingen,
bey Heinrich Laupp.
1829.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seinem theuren Vater

widmet

diesen ersten schriftstellerischen Versuch

als ein Zeichen

herzlicher Liebe und Dankbarkeit

der Verfasser.

Vorwort.

Die Tübinger Juristenfacultät gab für das Jahr 1827 den Gegenstand dieser Schrift als Preisfrage auf, und der Verfasser war so glücklich, dieselbe zur Zufriedenheit seiner Richter zu beantworten. Nicht eine thörichte Anmaßung, sondern wichtige äußere Gründe veranlassen mich, diesen in einer kurzen gesetzlich beschränkten Zeit entstandenen Versuch, dessen jugendliche Unreifheit ich schon jetzt wohl erkenne, dem Drucke zu übergeben, und dadurch die zahlreichen Bearbeitungen dieser Materie noch zu vermehren. Die Liebe zur Wissenschaft, welche meine hochverehrten

Lehrer und Freunde, Mackeldey und Schrader in mir erweckt haben, wird nie erlöschen, und ich hoffe einst mit einer reiferen Arbeit auftreten zu können. Belehrende Beurtheilungen oder überzeugende Widerlegungen der von mir in dieser Schrift etwa aufgestellten eignen Ansichten werde ich mit aufrichtiger Dankbarkeit annehmen.

Hamburg, im July 1828.

H. Baumeister.

Uebersicht.

Seite

§. 1. Einleitung . . . . 1.

Erster Abschnitt.

Ueber die Accretion bey der ältern Intestaterbfolge.

§. 2. Altes Civilrecht . . . . 11.
§. 3. Prätorische Erbfolge . . . . 16.
§. 4. Spätere Aenderugen . . . . . . 28.

Zweiter Abschnitt.

Anwachsungsrecht bey der neuesten Intestaterbfolge.

§. 5. Allgemeine Grundsätze . . . . . . 35.
§. 6. Accretion bey der ordentlichen Intestaterbfolge 42.
§. 7. Fortsetzung . . . . 53.
§. 8. Außerordentliche Erbfolge . . . . . 59.

Dritter Abschnitt.

Geschichte des Anwachsungsrechts bey der testamentarischen Erbfolge.

§. 9. Ursprung dieses Instituts . . . . . 71.
§. 10. Einfluß der lex Papia . . . . . . 74.
§. 11. Fortsetzung . . . . 81.
§. 12. Fernere Schicksale . . . . 101.

Vierter Abschnitt.

Anwachsungsrecht bey der testamentarischen Erbfolge nach neuestem Rechte.

		Seite
§. 13.	Rechtsgrund, auf welchem das jus accr. beruht	104.
§. 14.	Welche Personen haben das jus accrescendi? .	116.
§. 15.	Einfluß des Willens der Erben . . .	125.
§. 16.	Ueber die Lasten der accrescirenden Portion .	134.
§. 17.	Verhältniß zur Substitution und Transmission	139.
§. 18.	Accretion bey der querela inofficiosi testamenti	147.
§. 19.	Anwachsungsrecht beym testamentum militis .	151.
§. 20.	Terminologie der Conjunctionen . . .	158.
§. 21.	Ueber die Abtheilung in jus accrescendi und non decrescendi	179.
§. 22.	Recht der re et verbis conjuncti . . .	185.
§. 23.	Recht der conjuncti verbis	190.
§. 24.	Recht der re conjuncti	208.
§. 25.	Erklärung von l. 89. D. de leg. III. und l. 41. pr. D. de leg. II.	226.

§. 1.

Einleitung.

Begriff. Quellen. Litteratur.

Einen allgemeinen, zur Bezeichnung alltäglicher Naturerscheinungen zuerst gewählten, und auf mannigfache Verhältnisse des Lebens und der Wissenschaft übertragenen und anwendbaren Ausdruck in eine bestimmte Anzahl technischer Bedeutungen zu zerlegen, scheint ein sehr unnützer Versuch; eben so unbefugt die Annahme einer größern, zwischen jenen Bedeutungen Statt findenden Verwandtschaft, als die, welche den gemeinschaftlichen Sprachgebrauch veranlaßte. Statt einer, die einzelnen Sylben des Worts umschreibenden Definition stehe daher hier nur die Bemerkung, daß der Ausdruck accrescere auch im corpus juris in den verschiedensten Beziehungen und Bedeutungen vorkommt. So sagt Justinian [1]): „tertia pars mundi nobis adcrevit."

1) c. tanta §. pen.

Die Schiffssoldaten sollten aus den incensitis und accrescentibus (für adolescentibus) vollzählig gemacht werden [2]). Der Antheil eines Herrn an einem von ihm frey gelassenen servus communis accrescirte vor Justinian dem andern Herrn [3]). Die präterirte sua und entferntere Descendenten accrescirten den eingesetzten Erben [4]). Von dem Accresciren durch Alluvion reden viele Stellen [5]). Die Frage also, und der Streit darüber, ob eine Quote der Erbschaft, über welche der Erblasser nichts bestimmt hat, den eingesetzten Erben wirklich jure accrescendi zufalle, ist sehr unnöthig, denn die Gesetze nennen dieß namentlich ein accrescere [6]). — Der Gegenstand dieser Abhandlung nun ist das unter mehreren Erben Statt findende Recht, die Portion eines wegfallenden Miterben zu erwerben [7]).

2) l. un. C. de classicis (11, 12).

3) §. ult. I. de donat. (2, 7) l. 1. pr. C. de comm. servo (7, 7).

4) pr. I. de exhered. liber. (2, 13) l. 4. C. de lib. praet. (6, 28).

5) z. B. l. 30. pr. l. 56. D. de acq. rer. dom. (41, 1).

6) z. B. l. 13. §. 3. de hered. inst. (28, 7) „si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt, qui accedit quadrans pro partibus hereditariis iis adcrescit.“

7) Verschiedene Definitionen hat Roßberger im Anfange seines Buches zusammengestellt. Die beste ist von Cujac. ad l. 36. §. ult. de usufr. (African) „jus retinendae vel nanciscendae partis ejus, qui non concurrit vel concurrere desiit.“

Es giebt bekanntlich keinen eigenen Titel über das Anwachsungsrecht in den Pandecten, vermuthlich weil im Edict gar nichts davon stand. Unter allen Stellen nämlich, die über das jus accrescendi bey der testamentarischen Erbfolge oder bey Legaten reden, ist keine einzige aus den Büchern ad edictum [8]), und daß bey der Intestaterbfolge dort nicht namentlich die Rede davon war, scheint daraus zu folgen, daß Ulpian, als er an diese Materie kommt, nicht eine Stelle aus dem Edict anführt, sondern sie mit den Worten ankündigt: „in bonorum possessionibus sciendum est esse jus accrescendi.“ [9]) und daß Gordian Veranlassung fand, über einen einzelnen und zwar den einfachsten Fall die-

8) Ich bin überzeugt, daß die Inscription von l. 10. D. de usufr. accrescendo (7, 2) „Ulpian. lib. 17. ad edictum“ falsch, und statt derselben lib. 17. ad Sabinum zu lesen ist. Das 17te Buch ad ed. handelte zwar auch von Servituten, aber es wäre schon auffallend, daß aus diesem weitläufigen und in den Pandecten am meisten excerpirten Werke nur die einzige Stelle über diesen wichtigen Gegenstand aufgenommen wäre. Ferner wäre es doch sonderbar, wenn Ulpian in demselben Abschnitt zweyer verschiedener Werke denselben Gegenstand, sich selbst ausschreibend, behandelt hätte; endlich hängt die Stelle mit der früheren ihrem Inhalt nach so genau zusammen, daß sie gewiß zu derselben in diesem Titel nur mit kleinen Unterbrechungen einzig excerpirten Schrift gehörte. Aeußere Gründe giebt es übrigens für diese Vermuthung nicht.

9) l. 3. §. 9. D. de bon. poss. (37, 1.)

ser Art ein besonderes Rescript zu erlassen. Dieses ist dadurch, daß es als ein eigener Titel mit der Ueberschrift: quando non petentium partes petentibus accrescant in den Codex (6, 10.) aufgenommen wurde, formell eine Hauptquelle für uns geworden. Wie wenig übrigens auch der zweite hieher gehörige Titel de caducis tollendis (l. un. C. 6, 51.) dessen zweite Hälfte die schwierigsten Lehren des jus accrescendi unter testamentarischen Erben auseinandersetzen sollte, materiell von Wichtigkeit sey, hoffe ich später zu zeigen. Die Stellen, welche tiefer eingehend unsere Lehre behandeln, sind leider gar nicht zahlreich, und an sehr verschiedenen Orten zerstreut, hauptsächlich in den Titeln de heredibus instituendis und de adquirenda vel omittenda hereditate. Mittelbar sind dann auch wegen der nahen Verwandtschaft und Analogie, die über das jus accrescendi bey Legaten handelnden Stellen von Wichtigkeit, besonders in den Büchern de legatis und dem, den Eigenthümlichkeiten des Nießbrauchs in Beziehung auf dieß Verhältniß gewidmeten Titel de usufructu accrescendo. Am dürftigsten fließen die Quellen über die Geschichte dieser Lehre. Justinian redet in der rhetorischen Einleitung zu seiner Constitution de caducis tollendis offenbar ungenau und oberflächlich als von einer längst vergangenen Zeit; Ulpian's inhaltreiche Fragmente sind gerade hier in tit. 13, 17, 18, 24 unglücklich verstümmelt, und andere Nachrichten geben nur ganz allgemeine Bemerkungen. Höchst wichtig sind einige kurze Nachrichten und Andeu-

tungen bey Gajus und dem fragm. de jure fisci; sie lassen aber nicht allein noch Manches dunkel, sondern zeigen sogar neue Schwierigkeiten, und dienen hauptsächlich dazu, uns in unsern Vermuthungen über unbekannte Verhältnisse, die uns nur ein glücklicher Zufall enthüllen könnte, behutsam zu machen, so wie auch uns vor der, von Manchen, und noch kürzlich von Roßberger und Ludwig begangenen Thorheit zu bewahren, welche die heineccische Restitution als authentisch citiren und commentiren.

Man findet bey Roßberger ein Verzeichniß von Schriften über das jus accrescendi, welches sich leicht auf das doppelte vermehren ließe. Außerdem hat beynahe jeder Schriftsteller über das Erbrecht diesen Gegenstand kürzer oder ausführlicher behandelt. Diese zahlreichen Bearbeitungen sind freilich von sehr verschiedenem Gehalt, doch paßt es nicht, sie einzeln hier zu charakterisiren. Sehen wir auf die ziemlich große Anzahl von Punkten bey unserer Lehre, die in den Quellen im Einklang mit Billigkeit und Consequenz klar und bestimmt entschieden sind, so finden sich diese bey allen Schriftstellern ziemlich auf dieselbe Weise dargestellt, da hier keine verschiedenen Ansichten, sondern nur etwa theilweise Mißverständnisse Einzelner möglich waren; dagegen bietet die Litteratur über die schwierigsten und wichtigsten Fragen zunächst die niederschlagende Betrachtung dar, daß ohne genaue, uns noch so oft versagte, Kenntniß des geschichtlichen Zusammenhangs jeder Lehre uns die wahre Erklärung mancher

Hauptstelle selbst in unserem corpus juris unmöglich seyn muß, und daß weder Scharfsinn noch Willkühr selbst bey logisch vollständiger Erschöpfung jeder andern möglichen Deutung in solchen Fällen das Richtige zu treffen vermögen. Einen merkwürdigen Beleg zu dieser Bemerkung wird man gegen das Ende der Schrift finden; die neueste Zeit vergönnt uns Nachrichten zu benützen, die einen Theil der bisherigen Schwierigkeiten heben, einen andern wenigstens aufdecken, und ich hoffe minder undankbar gegen jene großen Entdeckungen zu seyn, als meine jüngsten Vorgänger. Die schon aus dem Angeführten wahrscheinliche Vermuthung bestätigt sich vollkommen, daß über alle nur aus dem engen Kreise des corpus juris zu beantwortende Fragen sich schon bey den älteren Glossatoren fast alle die verschiedenen Ansichten und Hypothesen finden, deren jede nachher von zahlreichen Schriftstellern ausgeführt und vertheidigt ist; und in der That liegt, was etwa Neues und Eigenthümliches hierüber später zuweilen hinzu kam, größtentheils außerhalb der von den Glossatoren geachteten Gränzen des Menschenverstandes und einer vernünftigen Exegese. Die letztere Bemerkung ist das Resultat einer mühsam erworbenen und schlecht belohnten Bekanntschaft mit den Schriften der Scholastiker, soweit sie unsern Gegenstand betreffen. Eine Lehre, deren Unglück es von jeher war, daß man bey Construction der Begriffe und Grundprinzipien, auf denen sie beruht, sich an grammatische Bedeutung und Zusammensetzung gewisser Sylben und Worte viel zu ängstlich hielt, mußte

besonders das Schicksal erfahren, von ihnen in geschmack-loser und weitschweifiger Darstellung in hohle Spitzfindigkeiten verstrickt zu werden, denen eine natürliche und einfache Willensauslegung eben so fern lag, als die einzig auf diese gebauten Ansichten und Regeln der Römer. Ich werde unten wohl Gelegenheit haben, dieses Urtheil durch einzelne Beyspiele und Anführungen zu bestätigen. Cujacius und Donellus standen sich auch hier in den Hauptpunkten als Vertheidiger entgegengesetzter Ansichten gegenüber, der Letztere mit unbefangener, gründlicher und genauer Auslegung der Quellen, wie mir scheint, den richtigen Sinn derselben größtentheils treffend, Cujacius offenbar inconsequent und in seinen verschiedenen Werken sich selbst widersprechend, aber so, daß aus seinen eigenen Zweifeln und Beschränkungen der anderwärts entschieden geäußerten Ansichten sich mit Wahrscheinlichkeit schließen läßt, die Widerlegung seiner Behauptungen würde bald in einen Wortstreit geendigt haben. Die vorhin angedeutete Schwierigkeit machte es gleichwohl nicht unmöglich, in Uebereinstimmung mit den übrigen vorhandenen Quellen ein einfaches und consequentes System aufzustellen. Viele Schriftsteller hatten bey der Bearbeitung unseres Gegenstandes diesen Zweck vor Augen; unter denen, welche ihn erreichten, ist außer Donellus besonders Scipio Gentilis zu nennen, dessen Tractat ich für einen der gelungensten und auch in neuerer Zeit nicht übertroffenen halte. Das andere Extrem bildet Goveanus, der die Absicht aussprach, alle Knoten bey dieser Lehre für immer zu

lösen, und in dessen etwa sechs Seiten langen Tractätlein man die allerschlechtesten der längst vor ihm aufgestellten und widerlegten Meinungen gesammelt findet, wozu er in seinen Animadversionen, seine frühern Behauptungen widerrufend, noch einen würdigen Nachtrag lieferte. Etwas origineller, aber wenigstens eben so schlecht ist aus der neuesten Zeit die Abhandlung von Schöman; beyde werden wir unten noch näher kennen lernen.

Das jus accrescendi war im 17ten und 18ten Jahrhundert der Tummelplatz einer großen Menge von Dissertationen, aus denen jedoch wenig mehr zu lernen ist, als die gewöhnliche Einleitung, daß diese Lehre unergründlicher als das schwarze Meer, und eine Darstellung derselben die 13te herkulische Arbeit sey. Diese Ehrfurcht vor ihrem Thema erklärt es, daß die Verfasser sich durchgängig begnügten, die vollkommen klaren und unbestrittenen Punkte in einer dem Geschmack des Zeitalters angemessenen Form darzustellen, und die schwierigen Fragen entweder wie Schanz ganz zu übergehen [10], oder sie durch die Autorität des Dn. Praeses oder eines andern gerade gangbaren Schriftstellers zu entscheiden. Von demselben Gehalt sind auch manche unter einem andern Titel erschienene Abhandlungen z. B.

---

10) Diss. de jure accrescendi. Marburg 1743. Er schweigt ganz über die Conjunctionen und ihren Einfluß, weil, wie er §. 127. sagt, diese ita jamjam a Dd. laceratae sunt, ut posteriores plerumque ab iisdem abhorreant.

von E. Merillius, Papillon und A. [11]). Rühmliche Auszeichnung verdient die Schrift von Heisler [12]), welche eine mit Consequenz und Scharfsinn durchgeführte Darstellung eines früher oft mißverstandenen Hauptpunktes bey unserem Gegenstande enthält. Diese Vorzüge ließen aber das Unrichtige in seinen Prämissen zu oft übersehen, und er hat den entschiedenen Einfluß nur zum Theil verdient, den er auf die Ansichten der jetzigen Zeit hauptsächlich durch die ihm folgenden Verfasser von Compendien ausübte [13]), in welche nach ihm die Bearbeitung unserer Lehre sich fast ausschließlich zurückgezogen hat. Die später und zwar in den letzten Jahren erschienenen Schriften von Ludwig, Roßberger und Cousturier enthalten nichts Neues und Eigenthümliches, was sich schon daraus erklärt, daß die Verfasser den längst aufgefundenen Gajus kaum erwähnen und durchaus nicht gehörig benützen. Die Beschränkung des Gegenstandes der gegenwärtigen Abhandlung auf das unter Erben Statt findende Anwachsungsrecht

---

11) In Otto thesaurus Tom. IV. Wenn Roßberger die Schrift von Bellonus als in Meermann thes. Tom. VII. stehend anführt, so beweist dieß, daß er sie weder gelesen noch dort aufgesucht hat. Sie scheint nicht ganz unbedeutend zu seyn, ich konnte sie mir aber nicht verschaffen.

12) Diss. de jure accrescendi in legatis semper jure non decrescendi Halle 1759.

13) Eine Ausnahme macht Malblanc principia juris Rom.

dürfte wohl außer der durch Reichhaltigkeit der Materien veranlaßten Trennung von demselben Recht unter Legaten noch einen wichtigen Grund in der Bemerkung finden, daß das letztere in den meisten Schriften, deren Titel eine vollständige Darstellung erwarten ließ, auf eine fast unbegreifliche Art bevorzugt, und das erstere dergestalt hintangesetzt ist, daß in gewisser Beziehung die Litteratur über die wichtigsten dahin einschlagenden Fragen sich lediglich auf den kürzlich zwischen Göschen, Zimmern und Thibaut geführten Streit beschränkt. Die Erklärung dieser Erscheinung ist gewiß nicht in der geringeren Wichtigkeit des Gegenstandes, sondern vermuthlich darin zu suchen, daß die Quellen über das jus accrescendi bey Legaten viel beträchtlicher, als die über Erbschaften sind, so daß sie oft auch hier als nahe liegende Analogie zur Aushülfe benutzt werden müssen. Hierin hoffe ich denn auch Entschuldigung deßwegen zu finden, daß sich jene beabsichtigte Trennung in der Begründung und Darstellung nicht immer consequent durchführen läßt. Ich enthalte mich aller Citate, wo sie nicht zum Beweise oder zur Widerlegung nothwendig sind, weil ich mir keines Plagiats bewußt bin, und es für undankbar halte, durch unnütze Anhäufung von Citaten aus Büchern, die ich allerdings zum Theil auch zu meiner Belehrung benützte, noch einen falschen Schein von Gelehrsamkeit um mich verbreiten zu wollen.

Erster Abschnitt.

Ueber die Accretion bei der ältern Intestaterbfolge.

§. 2.

Altes Civilrecht.

Von der Geschichte eines Instituts, welches, so viel uns bekannt ist, weder durch Gesetze ausdrücklich eingeführt wurde, noch durch solche oder ein Gewohnheitsrecht nachher Veränderungen erlitten hat, kann eigentlich keine Rede seyn; wir begnügen uns daher mit einer kurzen Darstellung der Fälle in den verschiedenen Systemen der ältern Erbfolge, wo eine Accretion überhaupt möglich war, oder etwa unter besondern näheren Bestimmungen vorkommen mußte.

Nach dem alten Civilrecht erben zuerst die sui d. h. die zur Zeit der Delation unmittelbar unter der Gewalt des Erblassers wären, wenn er noch lebte, oder es seyn würden, wenn sie vor seinem Tode schon geboren gewe-

sen wären. Fallen sie vor der Delation weg, so bestimmt sich diese gleich von Anfang danach; Delation und Erwerbung fällt aber bey ihnen zusammen, daher sie, wenn sie nachher wegfallen, ihr Recht auf die Erbportion als ein vollständig erworbenes auf ihre Erben transmittiren, und die Accretion in jedem Falle ausschließen. Nur dann, wenn ein posthumus da war, wurden für ihn drey Portionen zurückgelegt, und wenn weniger Kinder zur Welt kamen, accrescirten die übrigen Theile den andern Erben [14]. Dasselbe mußte auch der Fall seyn, wenn die Erwartung eines posthumus vergeblich gewesen war [15]. Weil hier in stirpes succedirt wurde, konnten schon die verschiedenen anderwärts gewöhnlichen Fälle vorkommen: z. B. der Erblasser hinterläßt Kinder als suos heredes, eine schwangere Frau und Enkel als suos, deren Mutter auch schwanger ist. Zunächst wird die Erbschaft auf die Stämme vertheilt, und dabey 3 Portionen für den posthumus des Erblassers zurückgelegt, dann von den Enkeltheilen auch 3 für ihre zu erwartenden Geschwister. Wird nun ein Enkel geboren, so fallen die 2 andern für ihn zurückgelegten Portionen an seine Geschwister, und werden nachher noch 2 Söhne geboren, so wird die dritte der für sie bestimmten Portionen auf die ver-

---

14) l. 3. 4. D. si pars hered. petat. (5, 4) l. 28 §. 5. D. de judiciis (5, 1) l. 7 D. de rebus dub. (34, 5) l. 36. de solut. (46, 3).

15) l. 3. §. 10 D. de suis et leg. (38, 16).

schiedenen Stämme vertheilt. Werden dagegen 2 Söhne zuerst geboren, so fällt von der 3ten Portion ein Stammtheil auf die Enkel, und auch hiervon müssen 3 Portionen für die noch zu erwartenden Enkel aufgehoben werden, nach der Regel nasciturus pro jam n. h. etc.

Nach den suis erben die Agnaten d. h. alle diejenigen in gegenseitigem Verhältniß, die entweder mit einander unter einer väterlichen Gewalt stehen oder darunter stehen würden, wenn ihr gemeinschaftlicher Stammvater noch lebte. Bey der Bestimmung, wer proximus agnatus sey, sieht man auf die Zeit der Delation d. h. wo es gewiß ist, daß nicht ex testamento geerbt wird. Fällt von mehreren gleich Nahen nach der Delation vor der Antretung einer durch Tod oder Ausschlagung weg, so accrescirt dieser Theil den übrigen und zwar immer zu gleichen Theilen, da hier in capita succedirt wurde und man von einem Repräsentationsrecht nichts wußte.

Ulp. 26, 5. Si plures eodem gradu sint adgnati et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint, eorum pars adcrescit his qui adierunt [16]).

Bey der successio liberti stand es mit dem ersten ordo, den suis, ganz wie bey einem ingenuus. Starb ein Freygelassener ohne sui, oder fielen sie vor der Delation weg, so trat an die Stelle der Agnaten, die bey

16) Dasselbe sagen mit ähnlichen Worten Paul. r. s. IV. 8. §. 26. §. ult. l. de S. C. Orfit. (3, 4) l. 9. D. de suis et leg. (38, 16).

einem libertus wegen der servilis cognatio und des Verbots von Arrogationen [17]) nicht denkbar waren, der Patron und seine Descendenz. Wie bey den Agnaten kam es hier auf Proximität an, den ersten Grad vom manumissor an gerechnet. War ein Patron vorhanden, so wurde nur ihm deferirt, nicht auch seinen Kindern, und diese schlossen wieder die Enkel aus. Hatte der Sclave im Eigenthum von Mehreren gestanden, so beerbten diese ihn gemeinschaftlich, oder wenn keiner von ihnen am Leben war, die in concreto dem Grade nach nächsten Descendenten, so daß z. B. der Sohn des einen Patrons den unmittelbaren Enkel des andern ausschloß. Von einem Repräsentationsrecht war also keine Rede, so daß auch durchaus in capita und nie in stirpes succedirt wurde [18]). Fiel also hier von mehreren zugleich Berufenen einer weg, so mußte seine Portion allen Uebrigen zu gleichen Theilen zuwachsen, wobey geschwisterliche Verhältnisse oder Abstammung von einem gemeinschaftlichen Stammvater durchaus keinen Vorzug geben konnte. — Nach einem unter Claudius gegebenen Senatsschluß konnte eine Aenderung in dieser Erbfolge dadurch bewirkt werden, daß ein Patron seinen Freygelassenen einem seiner Kinder, die sui waren,

---

17) l. 49. D. de bon. libert. (38, 2). l. 10. §. 2. D. de in jus voc. (2, 4). l. 1. §. 2. D. si a par. quis man. (37, 12).

18) Ulpian. 27. 2 — 4. Paul. s. r. III, 2. §. 1. 3.; l. 23. §. 1. 2. D. de bon. libert. (38, 2).

oder mehreren von ihnen assignirte, wodurch das Erbrecht der übrigen Kinder auf diese allein übergieng [19]. Dadurch war aber keine besondere Klasse in der Erbfolge eingeführt, daher, wenn der Assignatar ganz wegfiel, seine Geschwister das Recht erhielten, welches sie ohne die Assignation gehabt hätten [20], und die Rechte von andern Patronen konnten darunter nicht leiden [21]. Fielen nun z. B. eines Mitpatrons Kinder weg, so accrescirte ihr Theil den Kindern des ersten, und die ganze Erbschaft fiel daher an denjenigen, dem assignirt war; fiel dagegen dieser letztere weg, so accrescirte den in gleichem Grade stehenden Descendenten des andern Patrons zwar der Theil, den sie mehr gehabt hätten, wenn jener überall nicht da gewesen wäre, dagegen transmittirte er das übrige auf seine Descendenten, selbst auf die emancipirten und unabhängig von ihrem sonstigen Erbrecht.

War der libertus Mehreren assignirt, so trat, wenn einer weg fiel, vorzugsweise unter ihnen ein Anwachsungsrecht ein, und hatte er Descendenten hinterlassen, so fand außerdem successio graduum Statt. Ein deutliches Beyspiel hievon giebt l. 2. l. 3. §. 7. l. 4. 5. D. de adsingn. lib. (38, 4).

---

19) l. 1. pr. D. de adsign. libert. (38, 4).

20) l. 1. §. 7. D. eod. pr. J. eod.

21) l. 12. D. eod.

§. 3.

Prätorische Erbfolge.

Das Anwachsungsrecht beruhte in der Civilerbfolge auf den Worten der 12 Tafeln: proximus agnatus familiam habeto. Waren nämlich mehrere gleich nahe Agnaten vorhanden, so könnte es auch hier wie bei Testamentserben heißen: partes concursu fiunt. Fiel einer von ihnen weg, so hätte, da seine Erben oder Descendenten gar nicht als die nächsten berufen seyn konnten, seine Portion res nullius werden müssen, und das wäre offenbar dem Willen des Gesetzes entgegen gewesen, so lange noch ein oder mehrere proximi da waren; daher diesen allein die ganze Erbschaft zufiel. Bei der bonorum possessio hätte es sich wenigstens da, wo überhaupt successio gradus Statt fand, eher denken lassen, daß die Portion eines ausfallenden Erben den ihm dem Grade nach nächsten, etwa seinen Kindern zugefallen wäre. Offenbar wäre es aber gegen die übrigen, die mit den letztern auch in gleichem Grade standen, ungerecht gewesen, diesen einen solchen Vorzug zu ertheilen, und es ist auch durchaus nie eine solche Entscheidung gegeben, vielmehr ist es Regel, daß die Accretion der Succession vorgeht. Die Erbschaft wird so getheilt, als ob der Wegfallende nie da gewesen wäre, und der nächste Grad muß erst ganz erschöpft seyn, ehe der folgende berufen wird [22].

---

22) §. 5. J. de bon. poss. (3, 10). l. 15. §. 3. C. de leg. her;

l. 3. §. 9. D. de bon. poss. (37, 1) In bonorum possessione sciendum est, esse jus accrescendi: proinde si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt: (l. 4.) veluti quod spreverunt jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt, aut ante mortui sunt, quam petierunt bonorum possessionem: (l. 5.) ei, qui admisit, adcrescent etiam hae portiones, quae ceteris competerent, si petissent bonorum possessionem.

Zunächst wurde nun die bonorum possessio den liberis defuncti deferirt, d. h. denjenigen, die unmittelbare sui von ihm waren, oder durch Emancipation aufgehört hatten, es zu seyn; ohne daß jedoch etwas Positives, nämlich der nexus mit einer andern Familie dafür eingetreten war. In dieser Klasse wurde nach Stämmen getheilt, und es sind daher in Beziehung auf Accretion verschiedene Fälle zu unterscheiden. Waren blos Kinder vorhanden, so accrescirte der Theil des Wegfallenden den übrigen gleichmäßig:

l. un. C. quando non petentium partes petentibus adcrescant. (6, 10.) „Quoties pluribus liberis, cessante legitima successione bo-

---

(6, 58) l. 1. §. 10. D. unde cognati (38, 8); l. 1 §. 10 D. de succ. ed. (38, 9).

norum possessio defertur, beneficium edicti perpetui quibusdam omittentibus, his solis, qui bonorum possessionem agnoverunt, portionem non petentium accrescere in dubium non venit."

Die Kinder des Wegfallenden konnten hier nicht an seine Stelle rücken, weil man bei der wirklichen oder der Emancipation wegen fingirten Suität gerade wie im Civilrecht auf die Unmittelbarkeit zur Zeit der Delation sieht [23]). Waren Söhne und von andern gestorbenen Söhnen Enkel, oder diese allein vorhanden, so ergiebt sich leicht, wie es mit einer wegfallenden Portion zu halten war, wenn man auch bey der jetzt in Gedanken neu zu machenden Vertheilung den Satz festhält: nepotes ex uno filio unam partem habebunt [24]). Nämlich die wegfallende Portion eines Enkels accrescirte blos seinen Geschwistern, und erst, wenn keine solche da waren, oder ein ganzer Stamm ausfiel, wurde sie auf die übrigen Stämme und in jedem einzelnen nach der Zahl der Personen vertheilt; denn dadurch erhält man dasselbe Resultat, wie wenn auf den Wegfallenden von Anfang an keine Rücksicht zu nehmen gewesen wäre.

l. 12. pr. D. de bon. poss. c. t. (37, 4). Si duobus filiis et ex altero filio duobus nepoti-

---

23) l. 1. §. 8. D. de suis et leg. (38, 16); l. 5. §. 1. D. si tab. test. nullae (38, 6). l. 4. §. 1. l. 6. §. 4. D. de bon. poss. c. t. (37, 4).

24) l. 11. §. 1. D. de bon. poss. c. t. (37, 4).

bus bonorum possessio competat, et alter ex nepotibus non petat: pars ejus fratri accrescit. Si vero ex filiis alter non petat, tam fratri quam nepotibus id prodest: namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes consequuntur.

Wenn die beyden Unterklassen (die sui und emancipati) in Rücksicht auf Unmittelbarkeit in einander griffen, indem ein Sohn emancipirt und Enkel durch ihn in der Gewalt des Großvaters geblieben waren, so konnte weder der Sohn als emancipirter suus, noch die Enkel als die unmittelbaren sui ausgeschlossen werden [25]. Hätte man hier die 2 Klassen ganz auseinander gehalten, so müßte der Sohn als emancipirter suus erben, und in Beziehung auf die Enkel durch ihn als todt betrachtet werden; daher bekäme er einen Sohnestheil für sich, und die Enkel einen gleichen, den sie unter sich theilten. Das wäre aber gegen die übrigen Söhne unbillig gewesen, daher Julians Aenderung, daß Sohn und Enkel zusammen nur einen Theil erhielten, und davon jener die eine Hälfte [26]. Das Prinzip dieser Theilung war also, daß der Sohn und die Enkel, der übrigen Kinder wegen, auf einen Sohnestheil zusammengedrängt wurden, den sie unter sich so zu theilen

---

25) Arg. l. 1. §. 1. et 7. l. 6. §. 3. D. de bon. poss. c. t. (37, 4).

26) l. 1. pr. D. de conjung. c. em. lib. (37, 8) l. 3. §. 6. l. 9. D. de collat. (37, 6) l. 5. pr. D. si tab. test. nullae (38, 6)

hatten, daß die Enkel zusammen nur so viel bekamen, als ihr Vater allein [27]), und danach bestimmte sich auch die Accretion. Es war nämlich Jeder, sowohl der Sohn als die Enkel, eventuell auf die ganze unter sie zu theilende Portion berufen, und so lange noch einer von ihnen dieselbe erwerben wollte und konnte, hatten die übrigen Kinder kein Recht auf diesen Theil. Fiel also einer der Enkel weg, so accrescirte sein Theil nur seinen Geschwistern, nicht auch seinem Vater und noch weniger seinen Oheimen; denn dadurch wurde die Theilungsnorm aufrecht erhalten, daß der Vater so viel haben sollte, als seine Kinder zusammen; fielen hingegen alle Enkel weg, so hörte dadurch ihre Beschränkung des Vaters auf, und dieser konnte sein Recht auf den ganzen Sohnestheil nun vollständig genießen; fiel außerdem noch der Vater weg, so accrescirte die ganze Portion nun erst seinen Geschwistern:

l. 1. §. 12. D. de conj. c. em. lib (37, 8). Si quis ex nepotibus portionem suam omiserit, eveniet, ut non ad patrem ejus, sed magis ad fratrem pertineat. Sed etsi omnes nepotes omittant, patruo nihil adcrescet, sed soli patri. Quod si et pater omiserit, tunc patruo adcrescet.

Fiel dagegen der emancipirte Sohn weg, so wurde es auch hier angesehen, als ob er nie vorhanden ge-

---

27) l. 1. §. 11. D. de conjung. c. em. lib. (37, 8).

wesen wäre, die Enkel erhielten also zusammen eine ganze Stammportion:

l. 5. §. 2. D. si tab. test. nullae (38, 6). Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset: ut quod filius habiturus esset, petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis adcrescat.

Wäre es wahr, daß ein Enkel durch einen emancipirten Sohn, der vom Großvater als Sohn adoptirt war, theils als Sohn, theils auch als Enkel nach der nova clausula erbte, also doppelte Portionen erhielt, so müßten bey seinem Wegfallen diese beyden Portionen nach den eben angegebenen Regeln auch verschieden accresciren. Jene Behauptung stellt Glück [28]) auf; ihre Unrichtigkeit ergiebt sich aber gleich, wenn man die beyden Stellen genau liest, worauf er sich beruft, welche gerade die entgegengesetzte Entscheidung enthalten [29]). Der als Sohn adoptirte Enkel sollte nämlich nicht mehr und nicht weniger bekommen, als wenn sein avus in

---

28) Intestaterbfolge ed. 2. p. 357.

29) l. 13. §. 3. D. de bon. poss. c. t. (37, 4) von Julian und l. 1. §. 9. D. de conjung. c. em. lib. (37, 8) wo Ulpian jene Stelle anführt. Glück übersieht, daß in beyden Stellen noch andere Enkel angenommen werden, mit denen der Vater theilt.

Beziehung auf ihn extraneus gewesen wäre, also gerade einen Sohnestheil, und mit den übrigen von Anfang an unter der Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkeln sollte der Sohn wie gewöhnlich theilen; wäre also der adoptirte Enkel weggefallen, so hätte, wie es überhaupt Regel ist, der Theil seiner Portion, welcher auf den Stamm seines natürlichen Vaters fiel, zwischen diesem und seinen Kindern nach Verhältniß ihrer Erbportion getheilt werden müssen.

Im ordo unde legitimi erben die durch das Civilrecht Berufenen in derselben Art und Folge, wie sie dort gerufen sind. In Beziehung auf Accretion ist daher nur zu bemerken, daß sie auch unter den suis Statt findet, welche hier die bonorum possessio erst durch Agnition erwerben, also vorher wegfallen können, und daß dann dieselben Fälle zu unterscheiden sind, die vorhin im ordo unde liberi erwähnt wurden.

Wenn kein Civilerbe da ist, der die bonorum possessio bekommen kann und sie haben will, so sind die dem Grade nach nächsten Blutsverwandten bis zum sechsten Grade, und diejenigen, die durch Adoption gleiche Rechte erworben, und noch nicht durch Emancipation wieder verloren haben, gerufen. Die Vertheilung geschieht in capita, wie bey den Agnaten [30], und danach richtet sich die Vertheilung einer wegfallenden Portion, welche auch durch die in diesem ordo Statt findende successio gradus nicht ausgeschlossen wird;

---

30) l. 3. C. unde legitimi (6, 15).

denn ehe der folgende Grad gerufen werden kann, muß im vorigen Niemand mehr zur bonorum possessio fähig und vorhanden seyn [31]).

§. 4.

Spätere Aenderungen.

Die unzähligen künstlichen Aenderungen an dieser alten Erbfolge bis auf Justinian haben in Beziehung auf unsern Gegenstand zu wenig Erhebliches, als daß es sich der Mühe verlohnte, sie hier alle durchzugehen. Ich begnüge mich daher, einen Hauptfall, das Erbrecht zwischen Aeltern und Kindern, zu diesem Zwecke nach seinen wichtigsten Schicksalen kurz darzustellen. Mutter und Kinder beerbten sich nach dem Civilrecht gar nicht, sondern nur nach dem Edict unter den Cognaten. Ein sehr beschränktes Civilerbrecht erhielt zuerst die Mutter unter Hadrian durch das Sct. Tertullianum, bedingt durch das jus liberorum und dadurch, daß sie erst, wenn weder Kinder noch ein Vater oder Bruder des Verstorbenen vorhanden waren, mit seinen Schwestern concurrirte und den übrigen Agnaten vorgieng [32]). Zunächst schlossen also die Kinder des Verstorbenen, sowohl sui als emancipati, die Mutter aus [33]). War aber ein Kind

31) l. 1. §. 1 D. unde cognati (38, 8).

32) Ulp. 26, 9. Paul s. r. IV, 9.

33) §. 3. J. de Scto Tert. (3, 3).

des Verstorbenen in aliena familia vorhanden, so sollte hier nach einem Decret von Antonin das Sct. cessiren, und das Kind mit der Mutter die bonorum possessio unde cognati erhalten, und das konnte um so unbedenklicher geschehen, weil in diesem ersten ordo außerdem nur noch andere Kinder und der Vater vorhanden seyn konnten, die die Mutter ohnehin ausschlossen; nur wurde auf diese Weise der ordo unde legitimi übersprungen. Fiel also hier entweder das Kind oder die Mutter weg, so mußte der andere die ganze Erbschaft durch Accretion erhalten. Waren außer der Mutter mehrere Kinder vorhanden, so accrescirte der Theil des Wegfallenden den übrigen, und erst wenn alle wegfielen, kam die Mutter zur Erbschaft [34]). Auch die Brüder, so wie die Schwestern, die mit den Brüdern zugleich vorhanden waren, wurden der Mutter vorgezogen; waren hingegen blos Schwestern da, so sollten sie die eine Hälfte der Erbschaft und die Mutter die andere erhalten [35]), und in diesem letzten Falle trat also das Anwachsungsrecht in demselben Verhältniß ein, wie bei Julians nova clausula. Eine neue Klasse sollte übrigens dadurch, daß die Mutter so unter die legitimi eingeschoben war, nicht eingeführt werden; fielen alle diejenigen, welche der Mutter im Wege standen, auch erst nach der Delation weg, so succedirte sie, und war umgekehrt sie zuerst berufen gewesen, so machte sie durch

34) l. 2. §. 8. u. 14. D. ad Sct. Tert. (38, 17).

35) Ulp. 26, 8. §. 3. J. de Sct. Tert. (3, 3) Nov. 22. cap. 47.

ihr Wegfallen den zurückgesetzten Agnaten Platz, jus succedit vetus [36]). Auch war hier die allgemeine Regel nicht geändert, daß die Delation der Zeitpunkt ist, wo den zunächst Berufenen ein Recht angeboten wird, das sie nur durch ihre Versäumniß wieder verlieren können, aber nicht durch erst später eintretende Verhältnisse, unter denen eine andere Delationsart begründet gewesen wäre. Waren z. B. von dem Verstorbenen ein Bruder und drei Schwestern vorhanden, so wurde einem Jeden die Erbschaft zu $\frac{1}{4}$ deferirt, und die Mutter war ausgeschlossen. Fiel der Sohn nach der Delation weg, so erhielt jede der Schwestern $\frac{1}{3}$; denn hätte man jetzt die Mutter noch zulassen wollen, so hätte sie die Hälfte der Erbschaft erhalten, und die einer Schwester deferirte Portion wäre auf $\frac{1}{6}$ herabgesunken; das war aber ganz unmöglich. Diesen Fall scheint Ulpian bei folgender Stelle im Auge zu haben, da zugleich mit den Söhnen des Verstorbenen nur seine Töchter als legitimi berufen seyn konnten:

> l. 2. §. 14. D. ad Sct. Tert. (38, 17.). Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem; ceterum si omiserit legitimam here-

---

36) l. 2 §. 20. u. 47. D. ad Sct. Tert. (38, 17). Zu einer successio zwischen den vor und nach ihr Berufenen konnte sie aber darum nicht als verbindendes Mittelglied angesehen werden.

ditatem, mater ex Scto. Tertylliano admittetur. Sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.

Endlich gieng auch der Vater der Mutter vor in den Fällen, wo überhaupt von einer Beerbung des Kindes die Rede seyn konnte, d. h. wo das Kind emancipirt war, oder der Vater vom Großvater des Kindes emancipirt war, welcher das Kind in seiner Gewalt behielt, aber vor demselben starb. — Eine Stelle aus diesem Titel bedarf noch einer kurzen Erklärung, weil sie eine von den Stützen ist, auf die man eine künftig zu prüfende, falsche Theorie baute. Hätte das Sct. blos bestimmt, die Mutter solle als legitima heres erben, aber den Kindern und Brüdern des Erblassers vorgehen, so wäre in jedem einzelnen Fall leicht zu entscheiden gewesen, ob sie mit Schwestern concurrirte oder allein die entfernteren Agnaten ausschloß, und wenn jenes war, hätten ihr die Portionen der wegfallenden Schwestern jure accrescendi zufallen müssen, ohne daß selbst im Edict die successio gradus ihr dabei im Wege stehen konnte. Nun sollte aber ganz ohne Rücksicht auf die prätorischen Klassen eine Person aus einem spätern ordo ihr vorgehen, nämlich der Vater, und zwar nicht als legitimus heres, denn der avus manumissor hatte nicht dasselbe Recht, sondern weil man es überhaupt unbillig fand, wenn er der Mutter nachstehen müßte. Daher mußte nun in jedem einzelnen Falle gewartet

werden, wenn es sich nicht gleich entschied, ob der Vater durch seine Antretung das Recht der Mutter ausschließen werde und könne, und dadurch war freilich das ganze regelmäßige System der Accretion und successio gradus in diesem Fall über den Haufen geworfen. Wenn z. B. der Verstorbene eine Schwester, Vater und Mutter hinterlassen hatte, so giebt Ulpian folgende Entscheidung:

l. 2. §. 18. D. h. t. Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet; si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire. Et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit necne adire hereditatem, nunc tamen expectaturam, consanguinea enim est, quae patrem excludit: repudiante igitur consanguinea, bonorum possessionem habebit mater cum patre, quasi cognata: sed et in hac moram patietur, nec ante accipiet bonorum possessionem, quam pater petierit: quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.

Wäre hier auf den Vater keine Rücksicht zu nehmen gewesen, so wäre die bon. poss. gleich der Schwester und Mutter zugleich deferirt, die Mutter hätte ihren

Theil nach Belieben agnosciren können, und wenn dann die Schwester weggefallen wäre, hätte sie die ganze Erbschaft jure accrescendi erhalten. Daher konnte die Mutter, wenn von mehreren Schwestern eine agnoscirte, gleich ihre Hälfte der Erbschaft antreten, und ob dann die übrigen ihren Theil bekamen oder nicht, war für sie ganz ohne Folgen. Nach dem Sct. hatte die Mutter aber kein Recht, ehe es entschieden war, daß der Vater nicht zur Erbschaft gelangen werde, und das konnte freilich nicht durch die Delation, sondern erst durch die Agnition der Schwester gewiß werden. Daher war bis dahin das Erbrecht der Mutter ganz suspendirt, und ihr selbst wurde erst dann deferirt, wenn die Schwester ihren Theil angetreten hatte. Es wäre daher ganz unrichtig zu sagen, daß hier die Accretion durch Succession ausgeschlossen werde, oder gar daraus die Regel zu bilden, daß es in allen ähnlichen Fällen so sey; denn um von Accretion sprechen zu können, muß nothwendig eine Portion schon vorhanden seyn, zu der eine andere accresciren soll; vor der Delation kann also auch von Accretion keine Rede seyn, und hier durfte, ehe die Schwester sich über die Annahme erklärte, der Mutter gar nicht deferirt werden. Schlug die Schwester aus, so wurde dem Vater als proximus cognatus deferirt, und wenn er die Erbschaft annahm, zugleich der Mutter, weil sie in demselben Grade stand. Auch hier nämlich mußte die Annahme des Vaters abgewartet werden, denn vorher war es ganz unbestimmt, ob die Mutter als Cognatin mit ihm theilen, oder nach dem

Sct. als legitima zu der ganzen Erbschaft berufen werden würde [37]. Hätte das Sct. die Mutter zur Concurrenz in einer bestimmten Classe berufen, so wäre eine Delation mit den Gliedern dieser Classe wenigstens denkbar gewesen, aber bey diesem Durchkreuzen des Sct. und des Prätorischen Systems mußte ihr Recht auf die eben beschriebene Weise oft lange unentschieden bleiben und zum Theil von der Willkühr oder dem Schicksal ihrer Concurrenten abhängen.

Das Sct. Orfitianum gab den Kindern des ersten Grades ein Erbrecht gegen ihre Mutter vor allen Civilerben doch so, daß auch hier successio in demselben Sinne, wie bey dem Tert. Statt fand; daß unter diesen Kindern die Accretion eintrat, versteht sich von selbst und ist auch namentlich gesagt

l. 1. §. 9. D. h. t. Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se hereditatem pertinere, jus antiquum esto. Hoc ideo dicitur, ut quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, jus vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcrescet: et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.

Diese Stelle hat bekanntlich die Schwierigkeit, daß man nicht recht weiß, wer neben den Söhnen noch zugleich die Mutter beerben konnte. Glück [38]) meint mit

37) l. 2. §. 9. D. h. t.

38) Intestaterbfolge p. 268.

Ranchin, das Gesetz ziele auf den Fall, wo die Mutter eine Freygelassene war und wo der Patron mit den Söhnen eine Virilportion erhielt, daher am Ende der Stelle gesagt sey, der Patron könne in diesem Falle die ganze Erbschaft durch Accretion erhalten. Ich ziehe ungeachtet der l. 84. de V. S. [39]) die einfache Auslegung vor, daß mit denen quibus simul leg. her. defertur die Töchter der Verstorbenen gemeint sind. Wie hätte ein so allgemeines Gesetz jenen speciellen und seltenen Fall besonders berücksichtigen sollen, bey dem doch gar nichts Eigenthümliches Statt fand? Dagegen war, wie wir wissen, den Töchtern ausdrücklich im Gesetz ein gleiches Erbrecht mit den Söhnen versprochen [40]), und auf diese Stelle, welche der unsrigen, den Beschluß des Gesetzes bildenden, vorangieng, beziehen sich jene Worte, die allerdings in einer weniger breiten Sprache durch das einzige „filiarumve" ersetzt werden konnten. Ulpian hatte zur Erklärung einen Fall anzuführen, wo das jus vetus eintrat (so daß also der Patron durch successio zur Erbschaft kam) und er brauchte den Patron dazu Beispielsweise („et si forte") eben so arglos als gleich darauf den consanguineus der Mutter.

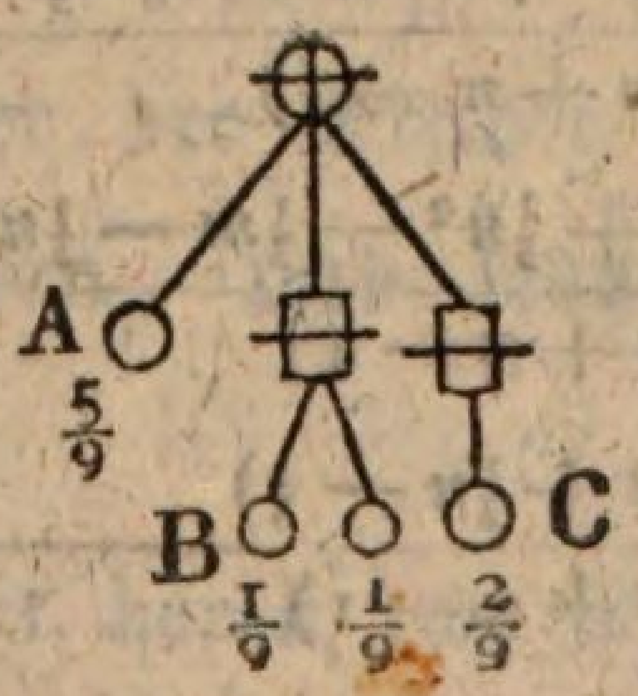
Nach dem Sct. Orf. waren doch noch die Enkel

---

39) „Filii appellatione omnes liberos intelligimus."

40) pr. J. de Sct. Orf. (3, 4). Latum est Divi Marci temporibus et data est tam filiae quam filio legitima hereditas.

von der Erbschaft ihrer Großmutter ausgeschlossen, so wie die Tochterkinder nach dem Civilrecht von der Erbschaft ihres Großvaters: für beyde sorgte eine Verordnung von Valent., Theod. und Arcad.[41]). Hier wurde das Sct. Orf. auch auf die Enkel ausgedehnt, und die Tochterkinder erhielten ein Erbrecht, wie die Sohneskinder; beydes jedoch mit gewissen Beschränkungen in Rücksicht auf ihre Hintansetzung nach dem ältern Recht. Hatte nämlich der Erblasser oder die Erblasserin Kinder und Enkel durch verstorbene Kinder, so wurde in stirpes succedirt, nur wurde den Enkeln $\frac{1}{3}$ abgezogen und den Kindern zugelegt. Erbten Tochterkinder allein, so erhielten die Agnaten des Erblassers den vierten Theil der Erbschaft. Von jenem Drittel heißt es im Gesetz, es solle den Söhnen und Töchtern accresciren; dieser Ausdruck bezieht sich natürlich nur auf das nothwendige Addiren bei Berechnung der Theile, zu denen einem Jeden deferirt wurde. Bey der wahren Accretion versteht es sich, daß, wenn blos ein Mittglied eines Stammes wegfällt, die Portion seinen Geschwistern zuwächst, fielen hingegen alle Enkel durch eine Tochter weg, so fragt sich, in welchem Verhältniß dieß den übrigen accrescirte. Es sind hier 3 Berechnungsarten möglich:



41) l. 4. C. Th. de leg. her.; §. 15. 16. J. de her. quae ab int. (3, 1).

wenn z. B. C wegfällt, so berechnet man entweder die Theile der Uebrigen so, als ob er gar nicht da gewesen wäre, dann bekommt A $\frac{2}{3}$ und jeder B $\frac{1}{6}$; oder man vertheilt C's Portion zu gleichen Theilen auf die Stämme, dann kommt natürlich dasselbe heraus [42]), oder man vertheilt sie auf die Uebrigen nach Verhältniß ihrer Erbportionen, dann bekommt A $\frac{5}{7}$, jeder B $\frac{1}{7}$. Das erste ist das richtige, denn es ist den allgemeinen Grundsätzen angemessen, daß die accrescirende Portion so vertheilt wird, wie es geschehen wäre, wenn der Wegfal-

---

42) Dieß ergiebt sich am leichtesten aus folgender Rechnung: die Anzahl der Söhne sey m, die der verstorbenen Töchter, welche Kinder hinterlassen haben n, die m erhalten nach dem Gesetz zusammen $\frac{m + \frac{1}{3}n}{m + n}$

und die n $\frac{\frac{2}{3}n}{m + n}$

fällt nun von den n einer (d. h. ein ganzer Stamm von Tochterkindern) weg, so erhalten nach der ersten Berechnungsart

die m $\frac{m + \frac{1}{3}(n - 1)}{m + n - 1}$; nach der

zweiten $\frac{m + \frac{1}{3}n}{m + n} + \frac{\frac{2}{3}m}{(m + n)(m + n - 1)}$

$$= \frac{(m + \frac{1}{3}n)(m + n - 1) + \frac{2}{3}m}{(m + n)(m + n - 1)}$$

$$= \frac{m^2 + \frac{4}{3}mn + \frac{1}{3}n^2 - \frac{1}{3}m - \frac{1}{3}n}{(m + y)(m + n - 1)}$$

$$= \frac{(m + n)(m + \frac{1}{3}n - \frac{1}{3})}{(m + n)(m + n - 1)}$$

$$= \frac{m + \frac{1}{3}(n - 1)}{m + n - 1}$$ i. q. e. d.

lende von Anfang an nicht da war, und da das Gesetz schon bey jenem Drittel, was A ursprünglich von C erhalten sollte, von einem accrescere spricht, so konnte auch dieß nicht zu seiner ursprünglichen Portion Gehörende ihm keine größere Quote im Verhältniß zu den übrigen verschaffen, wenn nun C ganz wegfällt. — Die oben erwähnte, den Agnaten gebührende quarta, wenn sie durch Tochterkinder ausgeschlossen wurden, wird Falcidia (Pflichttheil) genannt, und auf diese konnte daher kein Anwachsungsrecht fallen, als daß sie den Enkeln blieb, wenn die Agnaten vor der Antretung wegfielen. Diese quarta wurde durch Justinian aufgehoben [43]), und später auch jene Vertheilung unter die Tochterkinder nach ungleichen Brüchen [44]).

Justinian änderte das Sct. Tert. dahin ab, daß eine Mutter, die mit dem Vater und den Geschwistern ihres Kindes concurrirte, eine Virilportion erhalten solle, wenn sie aber blos mit Schwestern desselben erbte, solle sie, wie bisher, die Hälfte der ganzen Erbschaft erhalten [45]). Waren also von dem Verstorbenen drei Schwestern und ein Bruder vorhanden, so wurde jedem von ihnen und auch der Mutter $\frac{1}{5}$ der Erbschaft deferirt, da sie hier nicht noch ausgeschlossen zu werden befürchten mußte. Fiel nachher der Bruder weg, so accrescirte seine Portion den andern, und jede erhielt $\frac{1}{4}$ der Erb-

43) in l. 14. C. de legit. hered. (6, 58).

44) Nov. 18. c. 4.

45) l. 7. C. ad Sect. Tert. (6, 56).

schaft; denn, hätte sich jeßt noch die Art der Vertheilung ändern können, so hätte die Mutter nun die Hälfte der Erbschaft und jede Schwester ⅙ erhalten, also die leßtere durch ein, nach der Delation niemals zulässiges, Decresciren gelitten. Dieser Vorzug der Mutter, wenn sie mit Schwestern concurrirt, ist ihr bald nachher entzogen [46]).

Länger bey diesen der Nov. 118. vorangehenden Gesetzen mich aufzuhalten, halte ich um so weniger für nöthig, da die meisten derselben, so bald nach ihrer Entstehung wieder verändert und aufgehoben wurden, daß vielleicht bey keinem einzigen der wenigen Fälle, auf welche sie angewendet wurden, die Frage von der Accretion zur Sprache kam.

---

46) Nov. 22. cap. 47.

Zweiter Abschnitt.

Anwachsungsrecht bey der neuesten Intestaterbfolge.

---

§. 5.

Allgemeine Grundsätze.

Wir sehen uns zunächst nach Bestimmungen über die Anwendung der Accretion bey dem neuen Systeme in der Nov. 118. und 127. um, allein vergeblich; in diesen beyden Gesetzen geschah nichts weiter, als daß alle bisher nur nach Prätorischem Recht erbfähige Blutsverwandte ein Civilerbrecht erhielten und zum Theil in einer veränderten Ordnung berufen wurden. Alle übrigen Fragen beantwortet uns die bekannte Folge von Justinians Gesetzen. Er hatte nämlich in einer für uns verlornen Verordnung [47]) bei dem Civilerbrecht der Agnaten die successio graduum eingeführt, um sie

---

47) Von der §. 7. J. de leg. agn. succ. (3, 2) den Auszug giebt.

darin den Cognaten gleich zu stellen. Später [48]) stellte er die Cognaten den Agnaten im Civilerbrecht ganz gleich: daher findet nun in der Erbfolge der Blutsverwandten durchaus successio graduum und die ihr vorgehende Accretion in demselben Verhältniß Statt, wie früher im Edict, und das Recht der Pandecten hierüber ist vollkommen practisch, nur gilt es als ein Civilrecht und in größerer Allgemeinheit als früher. Bei der Einfachheit der neuern Erbfolge ist nun auch die Anwendung der Accretion auf dieselbe, zwey bestrittene Fragen ausgenommen, eine der leichtesten-Lehren des ganzen Rechtssystems; jeder einzelne Fall entscheidet sich nämlich nach dem Grundsatz: eine vacant gewordene Erbportion wird mit Beybehaltung der anfänglichen Theilungsart unter den übrigen so vertheilt, wie es geschehen seyn würde, wenn der Wegfallende von Anfang an nicht berücksichtigt worden wäre.

Zur Begründung dieses Grundsatzes werden folgende Bemerkungen genügen: damit man in einem bestimmten Fall Erbe von Jemand werde, sind zwei Stücke nothwendig, Delation und Erwerbung. Die letztere besteht da, wo sie nicht, wie beym suus, mit jener zusammenfällt, in nichts als einer, hinlängliche Gewißheit verschaffenden, durch Worte oder Handlungen beliebig zu gebenden Willenserklärung, daß man Erbe werden

48) in Nov. 118. cap. 4.

wolle [49]), alles übrige zur Erlangung des Rechts nöthige ist unveränderlich in der Delation bestimmt [50]), und die Festsetzung jeder für einen schon vorhandenen oder zu erwartenden Umstand eintretenden Entscheidung ist nur eine Modification des deferirten Erbrechtes selbst. Durch die Delation wird in jedem einzelnen Fall eine gewisse Anzahl von Personen zur Theilung der Erbschaft nach einer bestimmten Norm berufen. Nun giebt es allerdings bey der Inconsequenz der Gesetze noch jetzt Fälle, wo einer oder einige der Concurrenten erst durch die Concurrenz des Wegfallenden einen Platz unter jenen Personen erhält, den er natürlich so gut, wie seine Miterben den ihrigen, einnehmen oder ausschlagen kann. Diese Ausnahme abgerechnet, ist es aber immer Regel, daß jeder der jetzt Berufenen ohne die Concurrenz der übrigen zu der ganzen Erbschaft berufen worden wäre, und die auf diesem Grunde beruhende Accretion kommt nun auch denjenigen zu Statten, die einmal auch zur Theilnahme an der Erbschaft eingeladen sind, und ihre Quote entweder schon erworben haben, oder durch eine einfache Willenserklärung sich zueignen können, denn ihr Anspruch war von Anfang an durch das Gesetz so

---

49) §. 7, J. de her. qual. et diff. (2, 19). Item extraneus heres testamento institutus aut ab intestato vocatus ad legitimam hereditatem potest, aut pro herede gerendo aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.

50) l. 151. D. de V. S. Delata hereditas intelligitur, quam quis adeundo possit consequi.

bestimmt, daß sie ihn durch eine beliebige und zu jeder Zeit mögliche Erklärung in ein wohlerworbenes Recht verwandeln konnten; sie können diesem Recht entsagen oder es durch den Tod verlieren, aber durch keinen andern gezwungen werden, es aufzugeben, vielmehr nehmen sie an der durch das Wegfallen jedes Erben möglich gewordenen Ausdehnung und Erweiterung ihres Rechts so gut Antheil, wie alle übrigen und in demselben Verhältniß, wie diese; die Schmälerungen eines einmal deferirten Rechts sind nicht möglich, das accrescere darf nie ein decrescere werden. Solche Schmälerungen wären nur in Verbindung mit Verbesserung des Rechts der Uebrigen denkbar, die ganze Vertheilungsart müßte sich also ändern, das ist aber unmöglich, denn diese bestimmt sich immer nach der Zeit der Delation. Die bekannten Theilungsarten in capita, stirpes u. s. w. sind, wie die Geschichte ihrer Anwendung lehrt, ganz willkührlich und durchaus nicht in der Natur der Sache nothwendig gegründet, so etwa, daß, wenn Umstände eintreten, unter denen anfänglich eine andere Norm begründet gewesen wäre, diese auch mit der zuerst bey der Delation bestimmten nothwendig vertauscht werden müßte. Vielmehr ist die gesetzlich bestimmte Theilungsart, in so fern sie ein Interesse für alle Erben hat, eine Modification des deferirten Rechtes selbst, und kann ihnen durch spätere zufällige Veränderungen nicht wieder entzogen werden. — Eine zweite wichtige Nebenbestimmung des Successionsrechtes ist die Erwartung aller zur Concurrenz an einer Erbschaft Berufenen,

daß beym Wegfallen eines Miterben die durch ihn verursachte Beschränkung für alle übrigen in demselben Verhältniß wegfallen werde, als sie durch ihn Statt fand. Diese mögliche Vermehrung einer Quote hat ihren Grund nicht in der Veränderlichkeit und Unbestimmtheit der Delation an sich, sondern darin, daß etwa wegfallende Portionen doch irgendwo bleiben müssen, und am natürlichsten an die Miterben fallen, deren jeder eventuell d. h. ohne die anfängliche Concurrenz der übrigen auf die ganze Erbschaft berufen war. Ueberdieß wird daß Recht, Erbe zu werden, im Allgemeinen immer als ein um so größerer Vortheil betrachtet, je größer die dem Erben zufallende Quote ist [51]), und die Regel, daß das jus accrescendi ipso jure eintrete, sagt nicht, daß es gewöhnlich wider den Willen und zum Schaden der Miterben eintrete, sondern daß nur mit der Delation zugleich das Recht angetragen und durch die Antretung erworben wird, die Portionen ausfallender Miterben zu erhalten. Die Regel, daß die Delation gewöhnlich nur einmal geschieht, und nicht früher erneuert wird, als bis von den zuerst Berufenen gar keiner zum Erwerb der Erbschaft gelangt, zeigt

---

51) Denn die Ausschlagung einer Erbschaft findet ihren Grund ohne Zweifel am häufigsten darin, daß der reine Gewinn bey einer kleinen Quote oft so unbedeutend ist, daß man es nicht der Mühe werth achtet, durch eine beschwerliche, gewöhnlich mit allerley Geschäften verknüpfte Erwerbungsart dazu zu gelangen.

schon, daß jene Erwartung bey dem Wegfallen jedes einzelnen Erben erfüllt wird, alle übrigen in abstracto Successionsfähigen können nur durch die der Accretion immer nachstehende successio an die Reihe kommen, wenn jene nicht mehr möglich ist, aus dem einfachen Grunde, weil sie zur Zeit der Delation nicht in concreto successionsfähig waren, und man von jeher den aus dem Begriff der Delation sich von selbst ergebenden Grundsatz ohne alle Ausnahme consequent befolgt hat, daß bey der Frage, wer wegen der Nähe des Grades oder aus andern Gründen in diesem Falle zu berufen sey, auf die Zeit gesehen werden muß, wo zuerst entschieden ist, daß Intestatsuccession eintreten wird [5]).

---

52) Dieser unzweifelhafte in dem Wesen jeder Erbfolge liegende Grundsatz ist auch in vielen Stellen ausgesprochen z. B. l. 1. §. 6. D. unde cognati (38, 8). Proximum nos accipere oportet eo tempore, quo bonorum possessio defertur. — l. 2. §. 6. D. de suis et leg. (38, 16). Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit cum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, cum intestatum decessisse certum est. Secundum quae, etsi suus erat, qui praecedebat, vel consanguineus, si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vivit: proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est. — §. 6. J. de leg. agn succ. (3, 2), Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem exstiturum, tunc enim proprie quisque

Ein theilweises Nachrücken anderer Personen an die Stelle eines wegfallenden, ist also theils darum unmöglich, weil solchen Leuten die Erbschaft gar nicht deferirt werden konnte, da sie zur Zeit der Delation überall keine Ansprüche als Erben hatten, theils weil durch eine solche sonderbare doppelte Besetzung gewisser Glieder das in der Delation wesentlich liegende Recht der übrigen Erben auf eine nicht zu rechtfertigende Weise zu Grunde gienge, nach welchem sie mit dem Wegfallenden allein zu der Erbschaft gerufen werden, dessen Concurrenz seitdem der einzige Grund ihrer Beschränkung auf ihre anfängliche Quote war.

Da das Anwachsungsrecht auf dem Recht eines Jeden von mehreren in einem bestimmten Falle berufenen Intestaterben beruht, nach welchem er, wenn er anfänglich ohne Concurrenten gewesen wäre, die ganze Erbschaft erhalten hätte, so folgt natürlich, daß solche Intestaterben, denen das Gesetz ein anderes maximum bestimmt hat, nur dann durch Accretion etwas erhalten können, wenn sie durch andere Concurrenten beschränkt wurden, und auf keinen Fall mehr als jenes maximum.

---

intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus. Ebenso l. 7. pr. D. si tab. test. nullae (38, 6), l. 1. §. 11. D. ad Sct. Tert. (38, 17).

§. 6.

Accretion bey der ordentlichen Erbfolge.

Die Anwendung der eben aufgestellten, in Ermanglung anderer Bestimmungen ganz ohne Zweifel auch im neuesten Recht, so gut wie in dem in unsern Rechtsbüchern enthaltenen älteren, Statt findenden Grundsätze auf die bekannten 4 Klassen scheint wegen ihrer großen Einfachheit und Leichtigkeit gar keiner detaillirten Darstellung zu bedürfen; weder aber sind jene Prinzipien so unbestritten anerkannt, noch fand man es überhaupt für nöthig, alle einzelnen hier möglichen Fälle mit durchgreifender Consequenz zu entscheiden, daher können die nach ganz willkührlichen Unterschieden gebildeten Theorien erst jetzt, indem wir die einzelnen Fälle durchlaufen, dargestellt werden.

In der ersten Klasse erben die zur Zeit der Delation nächsten Descendenten aus jedem Stamme; fällt nach der Delation einer weg, so wird seine Portion unter seine Miterben so vertheilt, als ob er gar nicht berücksichtigt worden wäre, die Beschränkung der übrigen auf eine bestimmte Quote hört nun gerade so weit auf, als sie durch ihn Statt fand. Enkel von einem verstorbenen Sohne bekommen zusammen einen Kindestheil; ob ihrer einer oder mehrere sind, ist für die übrigen ganz einerley; und nur unter einander haben die Mehrern die ihnen zufallende Stammportion zu theilen. Daher, wenn alle diese bis auf einen wegfallen, er allein durch Accretion an ihre Stelle tritt, weil es ge-

rade so geschehen müßte, wenn er gleich Anfangs in diesem Stamm allein gestanden wäre. Fällt dagegen ein ganzer Stamm von Enkeln oder ein Kind ersten Grades weg, so wird dessen Portion unter die übrigen nach Verhältniß ihres Erbtheils ausgetheilt, oder, was durch eine einfachere Rechnung zu demselben Resultate führt, die ganze Erbschaft wird nun in Gedanken neu vertheilt, und dabey die bisher weggefallenen anfänglichen Concurrenten nicht mitgezählt. Fallen alle diejenigen, denen zunächst deferirt wurde, weg, so kommt die Erbschaft an die in jedem Stamme nächsten der nun noch vorhandenen Descendenten, denn die Novelle 118 bestimmt mit möglichster Allgemeinheit, daß, so lange noch erbfähige Descendenten da sind, die übrigen Verwandten nicht erben sollen, und hier findet die Accretion ganz wie vorhin Statt [53]). — Mir sind über diesen Punkt 5 verschiedene Ansichten bekannt.

1). Manche, wie z. B. Forster [54]) behaupten, daß in jedem der angegebenen Fälle die Kinder des durch Tod oder Ausschlagung Wegfallenden an seine Stelle treten müssen vermöge des Repräsentationsrechts. Dieß Argument bedarf wohl keiner Widerlegung, denn es ist jetzt bekannt genug, daß Niemand als Repräsentant eines Andern ein Erbrecht ausüben kann, welches dieser aufgeben wollte oder mußte und welches jenem

---

53) Derselben Ansicht sind z. B. Glück. Intestaterbfolge §. 151. u. 152. Thibaut System §. 683.

54) de successionibus l. 8. cap. 9.

nicht für seine Person gesetzlich zukam. In den vorliegenden Fällen können also solche Personen unmöglich an die Stelle eines wegfallenden Erben treten wollen, welche zur Zeit der Delation, als wonach sich allein die Berechtigung bestimmt, gar nicht zur Erbschaft berufen werden konnten, weil sie nicht die nächsten Intestaterben waren.

2). Andere, wie Koch [55]) verwerfen einen Theil dieser Meinung als erronea und behaupten nach dem Grundsatz: mortuorum, non viventium, est repraesentatio, daß, im Fall ein Erbe ausschlage, die Accretion eintrete, sterbe er dagegen vor Antretung der Erbschaft, so treten nun diejenigen an seine Stelle, die statt seiner berufen worden wären, wenn er vor der Delation gestorben wäre, und zwar jure repraesentationis. Man sieht, daß diese Meinung sich nur durch eine schlechte Inconsequenz von der vorigen unterscheidet, und wenn diese ihre Veranlassung in der Natur des Repräsentationsrechtes findet, so ist dieß nur ein Beweiß mehr von der Unhaltbarkeit dieser ganzen Vorstellungsart, denn allerdings ist Sterben und Ausschlagen in Beziehung auf das Schicksal einer vacant werdenden Erbportion ganz dasselbe, und hat von jeher bey dem Gang der Accretion und Succession nicht die geringste Verschiedenheit bewirkt.

3). Eine gewisse Rücksicht auf Billigkeit verleitete

---

55) successio ab intestato §. 102.

Andere zu der Behauptung, man müsse jetzt die Succession der Descendenten als eine successio graduum ansehen, gemischt mit successio in stirpes, so daß in jeder Linie der nächste im Grade vorgehe, die verschiedenen Linien aber concurriren, daher es für die übrigen Stämme ganz gleichgültig sey, ob die späteren Zweige in jeder Linie vor oder nach der Delation an die Stelle dessen rücken, der ihnen bisher durch seine Unmittelbarkeit im Wege stand; zudem sage ja die Novelle ausdrücklich, daß Ascendenten nur in Ermanglung aller Descendenten erben sollen. Aber aus diesem letzten Citat schließt man mit Recht nur, daß eine successio graduum jetzt auch unter den Descendenten Statt finde, aber natürlich eben so durch die Erschöpfung des zuerst berufenen Grades bedingt, wie es von jeher der Fall war, und jene erste willkührliche durch nichts begründete Vorstellung beruht nur auf der ganz unerweislichen Annahme, daß Justinian gewollt habe, jede Erbschaft solle sich wo möglich unter die Descendenten nach allen Verzweigungen der Famile gleichmäßig zersplittern. Bey einer ganz neu zu schaffenden Erbfolge könnte etwa davon die Frage seyn, dieses Prinzip zu Grunde zu legen, aber nicht danach, sondern im Zusammenhang mit dem ältern Recht, an welches sich Justinian's Aenderungen durchaus anschließen, haben wir seine Gesetze zu beurtheilen, und mit den nie geänderten Begriffen von Delation, so wie mit den Grundsätzen des successorischen Edicts, die materiell jetzt ganz allgemein gelten, würde jene Annahme ganz unvereinbar seyn, so wie

auch schon damit, daß Justinian den Geschwisterkindern nur unter gewissen Bedingungen das Recht ertheilte, welches die Brüder des Erblassers auf jeden Fall gehabt hätten, und die Enkel und entferntere Descendenten der Geschwister ganz davon ausschloß.

4). Beachtenswerther ist diejenige Ansicht, welche zu demselben Resultat durch Anwendung von Analogien aus andern Theilen unserer Rechtsbücher zu gelangen sucht. Genau genommen konnte freylich ein solcher Fall in dem ältern Recht gar nicht eintreten, denn nach den 12 Tafeln waren nur die unmittelbar in der Gewalt Befindlichen gerufen, und durch das Edikt kamen nur solche hinzu, bey denen die Unmittelbarkeit fingirt wurde, in so fern sie ohne die Entlassung aus der Gewalt Statt gefunden hätte, in beyden Fällen konnte man also nur auf die Zeit des Todes sehen, da nachher die Gewalt nicht mehr Statt fand. Eben so erklärte man den Ausdruck proximus bey Agnaten und Cognaten, wie die Not. 52. angeführten Stellen beweisen, nämlich so, daß jeder von mehreren in gleichem Grade stehenden Erben, nach Belieben antreten und dadurch das Recht erhalten konnte, alle Personen eines spätern ordo auszuschließen, indem ihm die wegfallenden Portionen seiner Miterben accrescirten. Daß ein Gesetz diese einfache und consequente Ordnung stören konnte, leidet keinen Zweifel und dieß geschah z. B. in den Sct. Tert. nach der schon oben erklärten l. 2. §. 18. D. ad Sct. Tert. Hienach sollten, wenn eine Mutter des Verstorbenen vorhanden war, nur die Kinder, der Vater, Brüder und die neben Brü-

dern berufenen Schwestern ihr bisheriges Recht behalten, dagegen war sie unter die Schwestern als Civilerbin eingedrängt, und sollte als solche allen entfernteren Agnaten vorgehen. Die Delation konnte also für jene Schwestern nur so geschehen, daß sie das Recht der Mutter erwarten mußten, ihnen beygeordnet zu werden. Diese selbst aber hatte, ehe die Schwestern sich über die Antretung entschlossen, nur eine ungewisse Hoffnung mit ihnen zu concurriren, denn das Gesetz hatte ausdrücklich bestimmt, daß zur Realisirung derselben außer ihrer willkührlichen Willenserklärung (und das ist ja die einzig nöthige Ergänzung, um ein deferirtes Erbrecht zu einem erworbenen zu machen) noch die Gewißheit nöthig sey, daß der Vater in diesem Falle nicht Erbe werde, und diese Gewißheit konnte man erst bey der Antretung einer Schwester erhalten; erst dann konnte also der Mutter deferirt werden. Schlugen die Schwestern aus, so konnte der Vater als Cognat erben und die Mutter vor dem Sct. mit ihm theilen, jetzt hingegen hieng dieß Recht auch von der Annahme des Vaters ab; denn, schlug er aus, so hatte ihr ein früherer ordo im Wege gestanden, nämlich sie selbst als legitima, und sie erbte nun als solche nach dem Sct. Dieß wird als Ergänzung des oben über diese Stelle Gesagten genügen, um zu zeigen, daß solche singuläre verwickelte Fälle auf die Einfachheit der neuern Erbfolge keine Anwendung leiden können. — Leichter läßt sich die Analogie einer andern Stelle entkräften, in der man eine ähnliche Entscheidung zu finden meinte:

l. 20. §. 5. D. de bonis libert. (38, 2.) si libertus filium emancipatum heredem instituerit ejusque fidei commiserit, ut totam hereditatem Sempronio restitueret, et filius cum suspectam sibi hereditatem diceret, jussu praetoris adierit eam et Sempronio restituerit: non inique patrono bonorum possessio partis debitae dabitur, perinde ac si non filius, sed is, cui hereditas restituta est, liberto heres exstitisset. Item cum filius hereditatem liberti patris omiserit, et coheres ejus totius hereditatis onus susceperit, danda erit patrono bonorum possessio. Utroque enim casu non filio sed extraneo pars eripitur.

Der Patron hatte bekanntlich eine bon. poss. c. tab. damals auf die Hälfte des Nachlasses eines Freygelassenen. Ausgeschlossen wurde er davon nur durch Kinder des Freygelassenen, die entweder zu irgend einem Theil eingesetzt oder präterirt waren und die bon. poss. c. tab. gegen das Testament ihres Vaters agnoscirten [56]. Dieß ganze Verhältniß war vom Prätor eingeführt, um die juris iniquitas zu verbessern, nach welcher der Patron durch Adoption eines extraneus von dem libertus ausgeschlossen werden konnte. Söhne des libertus giengen dem Patron durchaus vor, die Unbilligkeit wäre aber dieselbe geblieben, wenn z. B. die

56) Gaj. III. 41.

bloße Einsetzung eines Sohnes zum Schein neben einem extraneus, wo der libertus voraussah, daß er die Erbportion nicht werde heben wollen oder können, sondern sie seinem Miterben überlassen werde, hinreichend gewesen wäre, den Patron auszuschließen. Daher konnte ein extraneus Erbe werden unter dem Schutze des Sohnes, wenn dieser auch nur für einen kleinen Theil wirklich Erbe wurde [57]; um aber jene Fälle zu verhüten, war die bloße Einsetzung noch nicht genügend, sondern der Sohn mußte wirklich zum Genuß des Vortheils aus der Erbschaft gelangen. Abstinirte er sich, oder ließ er sich gegen die Antretung restituiren, so konnte der Patron jetzt noch eintreten [58]) und eben dieß sollte also auch der Fall seyn, wenn er gezwungen antrat, obgleich er nomine d. h. juristisch in allen diesen Fällen als Erbe galt. Einem extraneus konnte also nie mehr von Anfang deferirt werden, als nach Abzug des ihn treffenden Antheils an Ergänzung der Portion des Sohnes zur Hälfte der Erbschaft übrig blieb, also höchstens die halbe Erbschaft; auf die Entscheidung wegen des übrigen konnte er aber seine Antretung nicht verschieben, da umgekehrt von der bon. poss. c. tab. des Patrons vor Antretung der Erbschaft aus dem Testament keine Rede seyn konnte [59]). Diese Ungewiß-

57) l. 6. pr. D. de bon. libert. (38, 2).

58) l. 6. §. 2. 3. l. 38. §. 1. D. de bon. libert. (38, 2) l. 21. §. 4. D. de jure patron. (37, 14).

59) l. 4. pr. D. de bon. poss. c. tab. (37, 4) l. 3. §. 5. et 12. l. 42. D. de bon. libert. (38, 2).

heit für den extraneus entstand also nicht aus einem Schwanken in der Delation, sondern aus der Anwendung des ganz allgemeinen und bekannten Verhältnisses, daß die bon. poss. c. tab. der sec. tab. immer vorgeht, und daß die letztere immer nur in eventum Statt finden kann, so lange die erste noch zu erwarten ist. War also ein Patron vorhanden, so galt seine bon. possessio für die eingesetzten extranei als Regel, deren Eintreten sie immer erwarten mußten; daß sie unter dem Schutz eines Sohnes, der quantulacunque ex parte scriptus [60]) war, auch mehr erhalten konnten, war eine Ausnahme, die zugleich mit jenem Schutze wegfiel, und das Singuläre war nur eines Theils, daß mit der Antretung aus dem Testament nicht gewartet werden konnte, bis über das Eintreten der bon. poss. c. tab. entschieden war, und dann, daß auch nachher der extraneus erwarten mußte, daß der Sohn des libertus ausschlage, und nun die bon. poss. c. tab. an den folgenden ordo komme. Daß nun die Accretion des Sohnestheils mit dem Eintreten jenes ordo zusammenfiel, war ein durch die Umstände herbeygeführter Zufall, aber hier die einzig mögliche Entscheidung, die auch keine Aenderung in der Delation hervorbrachte, welche von Anfang an die Möglichkeit des Eintretens eines bevorzugten ordo nicht verhehlen konnte. An eine successio, die der Accretion vorangegangen wäre, ist

60) l. 6. pr. D. eod.

übrigens hier nicht zu denken. Es heißt ja ausdrücklich, daß diese Statt fand: „et coheres ejus totius hereditatis onus susceperit," und wenn Delation die Art ist, wodurch dem Erben eine Erbschaft so angetragen wird, daß er sie durch seine Erklärung in sein Eigenthum verwandeln kann, so konnte sie in diesem Fall sich von Anfang an höchstens auf die Hälfte der Erbschaft und (wenn der extraneus zu einer größern Quote eingesetzt war) auf das übrige nur eventuell und provisorisch erstrecken, so nämlich, daß er nichts davon bekam, wenn der Sohn ausschlug und der Patron antrat, Alles, wenn auch dieser die bon. poss. c. tab. verschmähte, und die ihm ausgesetzte Erbportion vollständig, wenn der Sohn die seinige antrat. Es ist also der ähnliche Fall, als wäre der extraneus auf das Ganze eingesetzt, der Sohn präterirt. Hier hatte der extraneus auch immer zu besorgen, daß der Sohn ihm die Erbschaft entzog, und obgleich der Sohn contra lignum dieß thun konnte, so konnte er eben so gut auch die Antretung des extraneus abwarten, und wenn er auf die bon. possessio verzichtete, so kam der Patron an die Reihe. Die erste Besorgniß war nun verschwunden, wenn der Sohn eingesetzt war, dagegen blieb immer noch die zweyte, daß er die Erbschaft ausschlagen möchte, wo dann der Patron die bon. possessio c. tab. agnosciren konnte.

5). Malblanc [61]) ist geneigt anzunehmen, daß sowohl im Fall des Todes, als der Ausschlagung die

---

61) in seinen principiis §. 781. not. p.

Succession der Accretion vorgehe, wegen §. 6 J. de leg. agn. succ. (3, 2) wo Justinian sich rühmt, durch Einführung der successio graduum unter den Agnaten nach dem Muster der unter den Cognaten bey der bon. poss. Statt findenden das ältere Recht verbessert zu haben, welches er mit den Worten beschreibt: „ut quamvis proximus, qui secundum ea, quae diximus, vocatur ad hereditatem aut spreverit hereditatem aut antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur.“ Deutlich genug scheint auch mir hierin gesagt zu seyn, daß es auf das Schicksal einer Erbportion von keinem Einfluß ist, auf welche Art sie vakant wird, ob durch Sterben oder Ausschlagen des ersten Erben; eben darum aber weil Justinian die successio graduum bey den Civilerben nach Analogie der für die Cognaten geltenden einführte, mußte er das schon vorher den zusammenberufenen Agnaten zukommende Anwachsungsrecht (s. not. 16.) um so mehr unverändert lassen, weil es nach dem Edict durchaus der successio graduum vorgieng, wie unter den not. 22. angeführten Stellen besonders folgende zu beweisen scheinen.

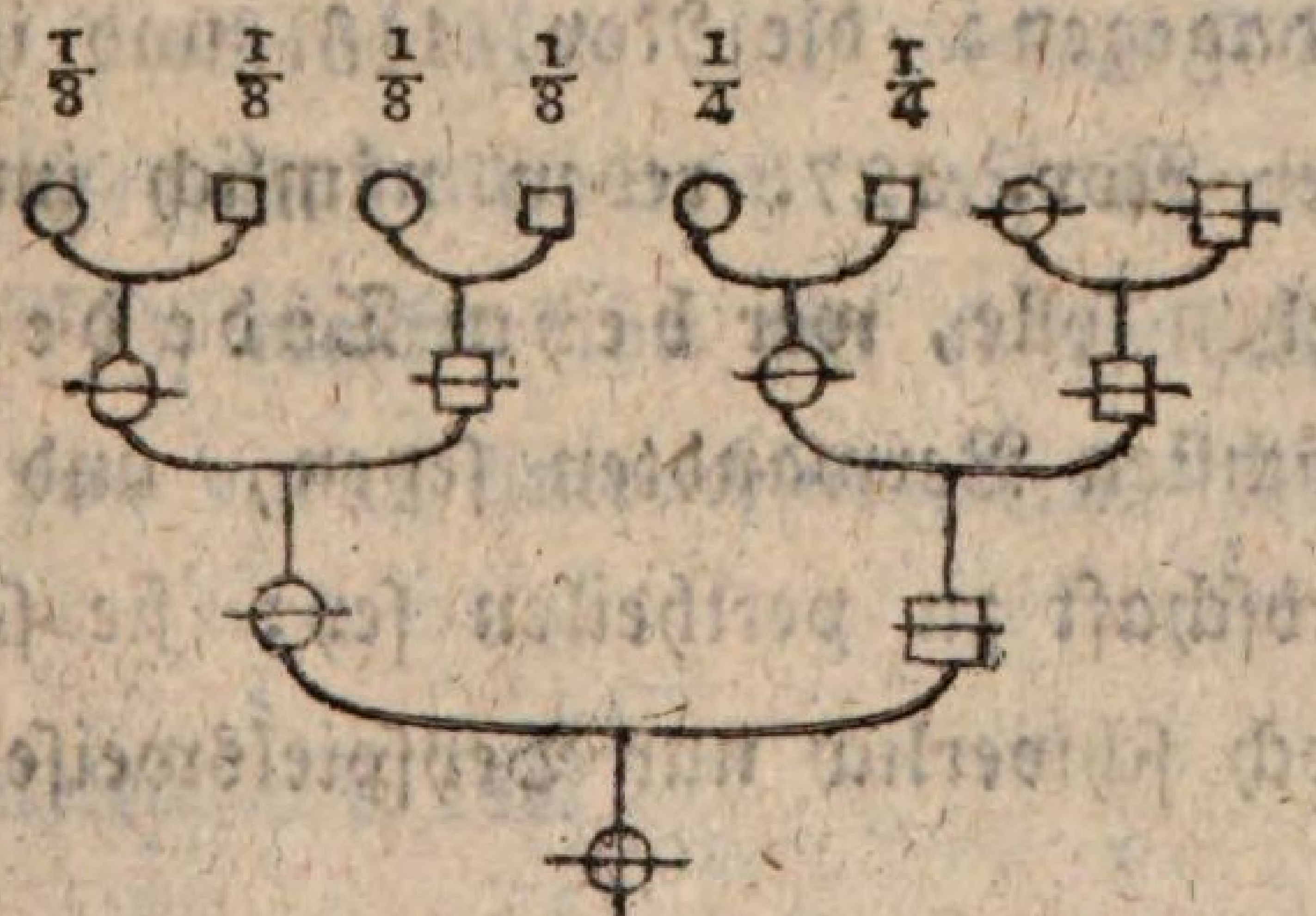
§. 5 J. de bon. poss. (3, 10). Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nullus sit, deinceps caeteris bonorum possessionem perinde ex successione edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset.

l. 15. §. 3. C. de legit. hered. (6, 58). Successionis videlicet jure et in hac parte servando, ut et si qui ex secundo gradu vocati renunciaverint hereditati et noluerint eam adire, nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere potest et vult, tunc hi, quos praesenti lege enumeravimus ex tertio gradu in locum recusantium succedant.

§. 7.

Fortsetzung.

Wenn in der zweyten Klasse blos Ascendenten von einer, der väterlichen oder mütterlichen Linie, erben, so theilen sie nach Köpfen die ganze Erbschaft, und also auch die Portion eines wegfallenden Erben; eben so, wenn sie mit Geschwistern concurriren. Sind gleich nahe Ascendenten von der väterlichen und mütterlichen Linie vorhanden, so theilen sie nach Linien, und obgleich wir keine gesetzliche Entscheidung darüber haben, so leidet es doch keinen Zweifel, daß die Analogie der successio in stirpes hier anzuwenden ist.



Stirbt also, was leicht möglich ist, in diesem Fall einer der väterlichen Urgroßältern vor Antretung der Erbschaft, so accrescirt seine Portion nur den übrigen Mitgliedern dieser Linie, so daß jedes derselben ⅙ erhält. Concurriren Geschwister neben oder ohne Ascendenten mit Geschwisterkindern, so bleibt die wegfallende Portion eines der letztern in demselben Stamme, und eine vacant werdende ganze Stammportion wird unter alle übrigen gleichmäßig vertheilt; eben so accrescirt die Portion eines von mehreren Geschwisterkindern verschiedener Stämme, wenn diese allein also in capita erben, allen Erben zu gleichen Theilen.

Die oben angeführten Schriftsteller wenden ihre Meinung von einer der Accretion vorgehenden successio auch in dieser Klasse an. So behauptet Koch, daß, wenn Ascendenten mit Geschwistern concurriren, zwar nicht, wenn sie die Erbschaft ausschlagen, aber doch im Fall ihres vor der Antretung erfolgenden Todes nun die Ascendenten des folgenden Grades an ihre Stelle rücken, so wie die Kinder wegfallender Geschwister ihnen jure repraesentationis folgen und die Accretion ausschließen sollen. Außer den oben dagegen angeführten Gründen sprechen hier noch besonders die ausdrücklichen Worte des Gesetzes dagegen; die Nov. 118. und ihr Supplement aus der Nov. 127. reden nämlich immer davon daß man zusehen solle, wer beym Tode des Erblassers seine nächsten Verwandten seyen, und daß unter diesen die Erbschaft zu vertheilen sey; sie sagen sechsmal, also doch schwerlich nur Beyspielsweise, daß Ge-

schwisterkinder z. B. in der zweyten Klasse nur dann erben, wenn der praemortuus (προτελευτησας) frater per utrumque parentem *nunc* defunctae personae (τῳ νυν τελευτησαντι προσωπῳ) jungebatur, und unter allen den sogenannten verschiedenen Auslegungsarten, unter denen man oft nach Willkühr wählt, dürfte doch keine geeignet seyn, aus diesen Worten das obige Resultat ziehen zu lassen.

Vielmehr wollte Justinian offenbar nichts anders, als alle erbfähige Verwandte unter drey Klassen, ordines, theilen, und unter diesen sollte, woran Niemand zweifelt, obgleich es in den Novellen nicht steht, wie bisher successio ordinum Statt finden. Ebenso unzweifelhaft ist es aber, daß auch eine successio graduum Statt finden sollte, da Justinian diese selbst bey den Erben nach Civilrecht eingeführt hatte, und nun alle in der Novelle aufgezählte Personen zu Erben nach dem Civilrecht ernannte, und damit war denn auch das ganze Verhältniß der successio graduum zum Anwachsungsrechte, wie es längst bestand, unverändert beybehalten. Für die entgegengesetzte Ansicht scheint, zwar nicht bey Ascendenten, aber bey Geschwisterkindern, deren Eltern nach der Delation sterben, eine gewisse Billigkeit zu sprechen, aber auch diesem Einwande läßt sich leicht begegnen, nur muß man es nicht machen, wie Glück [62]), welcher ihn für so wichtig hält, daß er zugiebt, von einem Anwachsungsrecht könne hier kei-

---

62) Intestaterbfolge §. 186.

ne Rede seyn, dann aber auch die richtige Ansicht aufstellt, daß die Geschwisterkinder in diesem Fall, so wie auch die Descendenten in der ersten Klasse durch die Justinianische Transmission zur Erbschaft gelangen. Justinian hatte gewiß dieses von ihm selbst eingeführte Institut noch nicht vergessen, wodurch er jener Unbilligkeit abgeholfen hatte, so weit es billig war. Der Grund nämlich, warum verstorbener Geschwister Kinder mit ihren Oheimen berufen werden, scheint allerdings der zu seyn, weil sie durch ihren Vater, wenn er noch lebte, den Vortheil der Erbschaft erhalten haben würden, und so weit dieß der Fall gewesen wäre, können sie es auch noch jetzt: entweder hätte der Vater die Erbschaft ausgeschlagen und sie hätten so wenig als jetzt etwas davon erhalten, oder er hätte sie angenommen und zwar aus Vorsicht bald nach der Delation [63]) und sie auf seine Kinder ab intestato oder durch ein Testament vererbt, dann haben sie vermöge der Transmission auch jetzt noch Zeit genug, sie selbst anzunehmen, oder er hätte sie zwar angenommen, hat aber seine Kinder enterbt, dann leiden sie also auch jetzt nicht durch Unbilligkeit und die von ihrem Vater eingesetzten Erben erwerben die ihm deferirte Erbschaft durch die Transmission.

Da nun nach dem neueren Rechte die Berechtigung zur Erbfolge in concreto, so wie die Bestimmung der Vertheilungsart, oft von der Concurrenz gewisser Perso-

---

63) Denn wenn er damit ungebührlich zögerte, so treffen die Folgen dieser Zögerung seine Kinder jure repraesentationis!

nen abhängt, so ist noch die Frage zu beantworten, ob beydes sich nach der Zeit der Delation bestimmt, oder durch das nachherige Wegfallen jener anfänglich concurrirenden Personen sich verändern kann. Daß nur jenes die richtige, mit dem Römischen Begriff von Delation allein verträgliche Ansicht sey, ist schon in §. 5. bemerkt [64]). Die Frage hängt mit der vorhin untersuchten von Ausschließung der Accretion durch theilweise successio genau zusammen, da beyde sich nur danach beantworten, ob man die richtige oder eine falsche Ansicht von dem Wesen der Delation hat, und es ist eine nicht zu rechtfertigende Inconsequenz, wenn man, wie es oft geschieht, sie dennoch verschieden beantwortet. Nach der Delation steht es jedem Erben frey, über die Annahme seiner Portion entweder augenblicklich, oder nach einer beliebigen Zeit sich zu erklären, könnte aber durch das Wegfallen eines Miterben der ihm deferirte Theil ihm noch geschmälert oder ganz entzogen werden, so könnte natürlich niemand für sich antreten d. h. die Erbschaft zu einem Theil seines Vermögens machen, weil der zuletzt übrig bleibende noch die Erbschaft ausschlagen oder sterben und dadurch die übrigen nöthigen könnte, ihre Erbschaft ganz oder zum Theil wieder herauszuge-

---

64) Die unrichtige Ansicht hat noch kürzlich Seuffert in den Erläuterungen zu den Lehren des Erbrechts p. 18. aufgestellt, ist aber von dem Recensenten in den Heidelberger Jahrbüchern von 1824. Nr. 35 vollständig widerlegt. Die richtige Ansicht führt auch Glück Intestaterbfolge p. 700 ff. aus, und noch weitläufiger in seinen opusc. fasc. 4. p. 155 — 218.

ben. Es wäre also die Vereinigung aller Erben nöthig, daß sie zusammen in demselben Moment die Erbschaft antreten wollen; und daß dieß der Wille der Gesetze sey, läßt sich durch nichts begründen. Zwar hat man zur Unterstützung jener Behauptung auch eine Stelle aufgefunden, nämlich l. 2. C. ad Sct. Orf. Diese aber redet von einem Fall, wo von Anfang an dieselbe Vertheilung, nämlich nach Kopftheilen zu beobachten war, und entscheidet nur, daß die Größe eines jeden dieser Theile sich nach der Zahl derjenigen bestimme, welche wirklich die Erbschaft antreten, weil sie zwar die ihnen anfänglich deferirte Quote auf jeden Fall erhalten, diese aber, wenn andere Miterben wegfallen, sich noch durch Accretion vergrößern kann, was sich von selbst versteht, aber durchaus nicht hieher gehört. Wird also die Erbschaft Ascendenten, einem Bruder und Geschwisterkindern zusammen deferirt, und der Bruder stirbt vor seiner Antretung, so accrescirt seine Portion allen übrigen, und die Geschwisterkinder behalten ihre Portion, sie mögen sie schon angetreten haben oder nicht. Erben ferner Geschwisterkinder mit einem Bruder, und dieser fällt nachher weg, so accrescirt seine Portion den Geschwisterkindern in stirpes und die Vertheilungsart bleibt unter ihnen ungeändert: daher keinem von ihnen etwas decrescirt, wie es nach der unrichtigen Ansicht ganz gegen den Wortsinn und die wahre Bedeutung der Accretion in den meisten Fällen geschehen müßte.

Ueber die beyden letzten Klassen ist nichts besonderes zu bemerken.

§. 8.

Außerordentliche Erbfolge.

1) Die Frage, ob die arme Wittwe durch Accretion etwas gewinnen könne, hängt davon ab, ob man sie als Erbin oder als Legatarin betrachtet. Daß nur die erstere Ansicht die richtige seyn könne, scheint mir aus den Worten des Gesetzes [65]) „nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres extiterit" unläugbar zu folgen [66]). Am leichtesten giebt man dieß dann zu, wenn sie ab intestato succedirt; aber auch bey Errichtung eines Testaments muß wohl dasselbe gelten, und es scheint mir eine unnöthige Inconsequenz, wenn man dem Manne das Recht einräumt, ihr durch Anweisung von Legaten und dadurch bewirkte Ausschließung vom Anwachsungsrecht die ihr gesetzlich gebührende Portion nach Belieben zu schmälern [67]). Hat der Mann sie im Testamente gar nicht bedacht, oder sie auf eine zu kleine Quote der Erbschaft eingesetzt, so wird ihr diese ergänzt, denn dadurch allein, daß bey ihr der Pflichttheil und Intestaterbtheil zufällig zusammentrifft, kann sie doch nicht Legatarin werden. In

---

65) Nov. 53. cap. 6. §. 1.

66) Anderer Meinung sind bekanntlich Viele z. B. Malblanc Princip. §. 785. Koch succ. ab int. §. 113. etc.

67) Dieß will Löhr in seinem Magazin Bd. 3. Nro. 10. p. 361. und der ihm treulich folgende Glück, Intestaterbfolge §. 125.

diesem Falle nimmt sie also, wenn sie mit 4 oder mehr Kindern concurrirt, auch an der Accretion Theil, natürlich nur so lange, bis sie den ihr höchstens gebührenden vierten Theil der Erbschaft erhalten hat. Hat ihr der Mann ein Legat hinterlassen, so wird ihr dieß, wie andern Notherben auch, in den Pflichttheil eingerechnet, aber aus den Worten des Gesetzes, worin dieß geboten ist: „si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte, compleri hoc" kann man, wie mir scheint, unmöglich schließen, daß sie nun ihre Qualität als Erbin verloren habe, selbst dann nicht, wenn das Legat zufällig gerade so viel, als die ihr anfänglich zu deferirende Quote der Erbschaft beträgt. Die Absicht des Gesetzes ist nämlich, ihr wo möglich den vierten Theil der Erbschaft zu verschaffen, concurrirt sie nun mit 4 Kindern und der Mann hat ihr ein dem fünften Theile der Erbschaft gleichkommendes Legat hinterlassen, eines der Kinder stirbt aber vor der Antretung, so zeigt sich jetzt, daß der Mann ihr zu wenig hinterlassen hat, und sie erhält ¼ der Erbschaft, so gut als wenn sie als Erbin auf den fünften Theil eingesetzt wäre. Dieß würde wenigstens meine Meinung in dem von Löhr [68]) erwarteten Streit darüber seyn, ob ihr in diesem Fall, wiewohl sie Legatarin sey, nicht wenigstens „etwas zugelegt werden müsse," dessen Resultat sonst entweder die unerhörte Behauptung seyn müßte, daß ein Legatar gegen den Willen des Erblassers durch die Accretion von wegfallenden

---

68) l. c. p. 383.

Erben etwas erhalten können [69]), oder die dem Willen des Gesetzes gewiß widersprechende Annahme, daß der Mann den Pflichttheil der Frau (durch Ausschließung von der Accretion) willkührlich beschränken könne.

2) Das, bekanntlich durch Schrader [70]) einer glücklichen Vergessenheit entzogene Gesez von Theodosius und Valentinian [71]) über das Successionsrecht des Ehemanns auf eine portio virilis am Ususfruct des seinen emancipirten Kindern von der Mutter hinterlassenen Vermögens bietet auch in Beziehung auf die Anwendung der Accretion eigenthümliche Schwierigkeiten dar. Es bekommt nämlich, wenn die Anzahl der Kinder m, und unter diesen r emancipirte sind, nach dem im §. 9. der angeführten Abhandlung angenommenen Formeln jedes nicht emancipirte Kind $\frac{1}{m}$ der Erbschaft, jedes emancipirte, und eben so der Vater $\frac{r}{m\,(r+1)}$. Fällt nun ein emancipirtes Kind weg, so erhält jedes der nicht emancipirten Kinder $\frac{1}{m>}$, kann also dadurch nur gewinnen, ein emancipirtes, und also auch der Vater erhalten $\frac{r-1}{(m-1)\,r}$. Ist nun $m < r^2$ so accrescirt, ist $m = r^2$, so bleibt es dieselbe Größe wie vorhin, ist es aber $> r^2$ so decrescirt, wie sich von selbst versteht. Im Allgemeinen zeigen sich dieselben

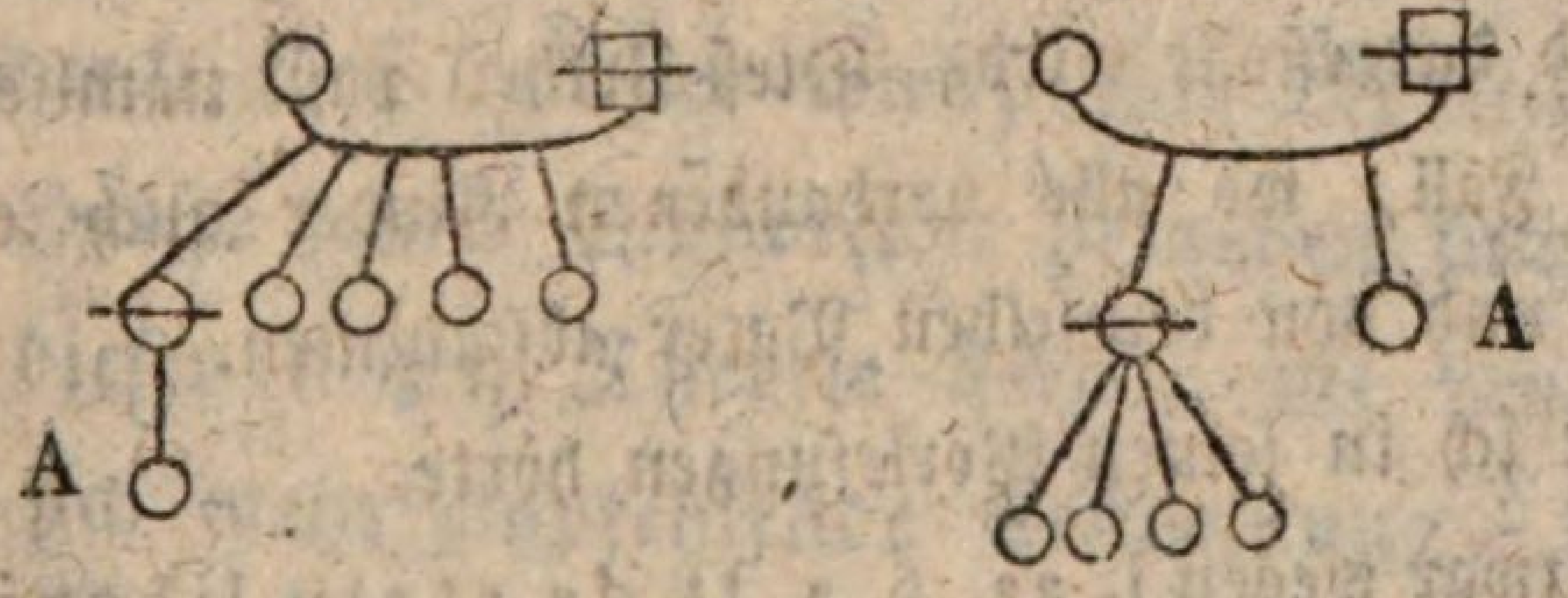
69) Man müßte denn eine ganz neue Klasse von Noth-Legataren bilden wollen.

70) in seinen Abhandlungen aus dem Civilrecht Nr. 4.

71) l. 3. C. de bonis maternis (6. 60).

ben Erscheinungen, wenn von den r emancipirten Kindern r^1 wegfallen, je nachdem $m \leq r(r+1-r^1)$ ist, es decrescirt also immer dann, wenn die Zahl der jetzigen Concurrenten zum Nießbrauch (die emancipirten Kinder mit dem Vater zusammen) noch kleiner ist, als der Quotient aller emancipirten Kinder in die Summe aller Kinder. Ist z. B. die Zahl aller Kinder 7, die der emancipirten 3 und von diesen fallen 2 weg, so bekommt zuerst jedes emancipirte Kind und der Vater $\frac{3}{28}$, jetzt hingegen $\frac{1}{10}$ oder $\frac{3}{30}$. Dieß Decresciren ist hier selbst dann unvermeidlich, wenn man auch ganz gegen die Absicht des Gesetzes den Vater von der Accretion ganz ausschließen wollte. So bekommt in dem eben angeführten Beyspiel jedes emancipirte Kind und der Vater $\frac{3}{28}$. Nun ist es zwar Regel, daß die Quote des Vaters sich vergrößert, je kleiner die Anzahl der emancipirten Kinder ist; wollte man aber das auch unbeachtet lassen, so bekäme doch das dritte emancipirte Kind beym Wegfallen des ersten zwar $\frac{19}{84}$ $(> \frac{3}{28} = \frac{9}{84})$, beym Wegfallen von zweyen dagegen $\frac{13}{140}$ $(> \frac{3}{28} = \frac{15}{140})$. Und sollte dem unzweifelhaften Willen des Gesetzes zu Folge der Vater auch mit zur Accretion gelassen werden, so bekäme er gleich dem dritten emancipirten Kinde beym Wegfallen des ersten $\frac{3}{27}$ $(> \frac{3}{28})$, beym Wegfallen des zweiten aber, wie schon gesagt $\frac{1}{10}$. Man sieht hieraus auch, daß Accretion und Decretion hier ganz regellos abwechselt, wie schon die obige Formel zeigt, da m, wenn es auch anfänglich kleiner als $r(r+1-r^1)$ ist, doch gleich dieser Größe oder größer als dieselbe wer-

den kann, je nachdem r^1, welches ganz willkührlich ist, von 1 bis zu r wächst [72]). Gehen wir von diesem einfachsten Falle über dessen Berechnungsart, so wie über die Beurtheilung des Gesetzes schon aus diesem Gesichtspunkte die Ansichten wohl nicht getheilt seyn werden, zu den Fällen über, wo emancipirte Enkel oder Kinder emancipirter Söhne allein oder mit ihren Oheimen concurriren, so sollte vor Allem die hier eintretende Vertheilung festgestellt werden. Bekanntlich hat Schrader die Ansicht aufgestellt, daß der Vater eine portio virilis an der Summe der Portionen aller Söhne und eine an jeder Stammportion mit allen Enkeln aus diesem Stamm erhält. Ohne Berechnung ist es evident, daß hier schon in dem Fall, wo alle Kinder seine eigenen und zugleich emancipirt sind, dem Vater von der anfänglich erwarteten Quote immer dann decrescirt, wenn eine Portion, die er bisher nur mit einer oder mit einigen Personen zu theilen hatte, durch das Wegfallen derselben sich unter mehrere vertheilt. So erhält er in diesen beyden Beyspielen



72) Es ist daher ein etwas ungenauer Ausdruck, wenn im §. 11. der angeführten Abhandlung die Accretion hier als äußerst einfach, und den gewöhnlichen Grundsätzen entspre-

anfänglich von A's Portion die Hälfte bey dessen Wegfallen aber nur ⅓. Ebenso erhält er in dem Fall, wenn von jedem von mehreren Stämmen ein Enkel allein oder neben einem Sohne da ist, nie mehr, als anfänglich, bleibt also von der Accretion ganz ausgeschlossen, was freylich hier, wo er gleich anfangs die ganze Hälfte der Erbschaft bekommt, nicht unbillig ist. Natürlich wird diese Ungleichförmigkeit noch größer, wenn nicht emancipirte Kinder, oder Kinder von einem andern Vater mit concurriren und dann leiden außer dem Vater auch die emancipirten Kinder nimmer darunter, wenn ihr Antheil an der Vergrößerung der Virilportion des Vaters mehr beträgt, als die ihnen accrescirende Quote. Vielleicht dürften die so eben erwähnten Erscheinungen ein Grund mehr seyn, uns dieser Berechnungsart abgeneigt zu machen; Schrader selbst hat sie verlassen und eine allerdings weit weniger künstliche angenommen [73]). Er hält es nämlich der Absicht des Gesetzes für angemessener [74]), daß der Vater eine nach

---

chend dargestellt wird. Dieß Urtheil paßt nämlich nur auf den Fall, wo alle vorhandenen Kinder auch emancipirt sind und von demselben Vater abstammen.

73) Wie ich in seinen Vorlesungen hörte.

74) und zwar wegen l. 22. §. 2. D. de statu liberis (40, 7). Si heredibus nominatis etiam extraneus junctus sit: extraneo virilis, ceteris hereditariae dari debent. Et si non solum Titium, sed etiam alios adjecisset, hos virilem partem habituros, cohaeredes autem hereditarias Julianus scribit. Die Analogie liegt freylich etwas fern.

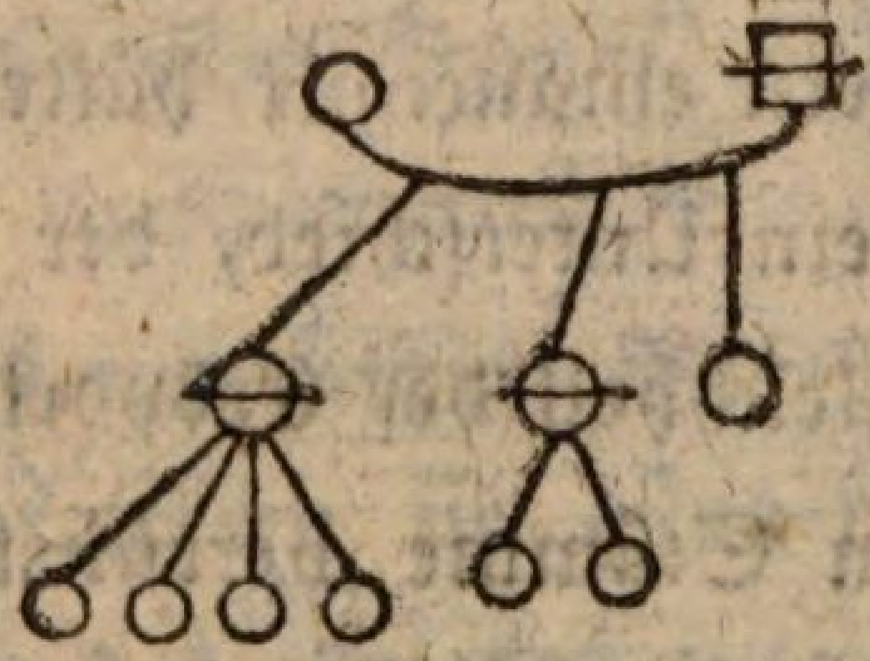
der Zahl aller Descendenten zu berechnende Virilportion erhalte, und daß jene dann den Rest unter sich nach Stammsgrundsätzen theilen. Zu welchen regellosen Sprüngen und Abnormitäten bey der Accretion dieses den Grundsätzen der successio in stirpes so heterogene Prinzip führen müsse, ist leicht zu übersehen. Die Virilportion des Vaters wird um so größer, also die unter seine Descendenten zu vertheilende Masse um so kleiner, je weniger Kinder und Enkel concurriren. Fällt nun vor der Antretung z. B. ein Enkel weg, so decrescirt natürlich dadurch allen nicht zu seinem Stamm gehörigen Descendenten, da diese alle ohne an der Portion des Wegfallenden Theil zu nehmen, in so fern mit zu der Vergrößerung der Virilportion des Vaters beytragen müssen, als die unter sie zu vertheilende Masse nun kleiner wird. Statt der a. a. O. S. 164 gerügten Ungleichförmigkeit, daß die Erbfolge der Enkel dem Vater stets zum Vortheil gereicht (auf doppelte Weise; indem, wenn statt eines Sohnes ein Enkel erbt, dieser bey Berechnung der Virilportion der Kinder nicht mitgezählt wird, wodurch diese größer wird, und der Enkel nun die ganze Hälfte seiner Erbportion hergeben muß) zeigt sich nach dieser neuen Theorie gerade die umgekehrte schwerlich sich mehr empfehlende Erscheinung, daß die Portion des Vaters viel kleiner wird, wenn für einen oder mehrere emancipirte Söhne deren Enkel erben, was natürlich lediglich vom Zufall abhängt. Zu Aufstellung einer den Grundsätzen der Stammvertheilung sich mehr anschließenden Methode scheinen uns die den ganz ver-

nünftigen Grund der Ausdehnung auf Enkel enthaltenden Worte des Gesetzes zu berechtigen: „non abs re est, ut in hoc casu deteriores esse filiis nepotes non sinantur.“ Hieraus folgt doch auch umgekehrt, daß die Enkel es nicht besser haben sollen, als die Söhne, was aber offenbar der Fall ist, wenn z. B. ein neben einem andern erbender emancipirter Sohn $\frac{1}{3}$ seiner Portion, seine 6 Kinder dagegen, wenn sie statt seiner erben, zusammen nur $\frac{1}{8}$ derselben Portion abzugeben brauchen. Demnach möchte ich die Regel aufstellen: um die portio virilis zu berechnen zählt man alle emancipirten Söhne und diejenigen Enkelstämme zusammen, in denen sich emancipirte Enkel befinden, diese Zahl um eins vermehrt giebt die dem Vater gebührende Quote, und nach Abzug derselben wird die Masse wie gewöhnlich unter die Stämme vertheilt. Am wenigsten Tadel wird die Anwendung dieser Regel wohl in den Fällen verdienen, wo statt eines emancipirten Sohnes dessen Enkel ihre Großmutter beerben, denn warum in diesem Fall der Vater entweder mehr oder weniger bekommen soll, als in jenem, ist in der That nicht einzusehen. Dasselbe müßte aber auch dann gelten, wenn Enkel von verstorbenen Söhnen in eigener Person emancipirt sind, denn sie sollen nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes [75]) mit jenen, die nie in der Gewalt waren, ganz

---

75) „Quodsi nepotes sint neptesve, aut ex emancipato filio aut ex filio procreati, aut ab ipso avo, avia vivente, sacris dimissi etc.

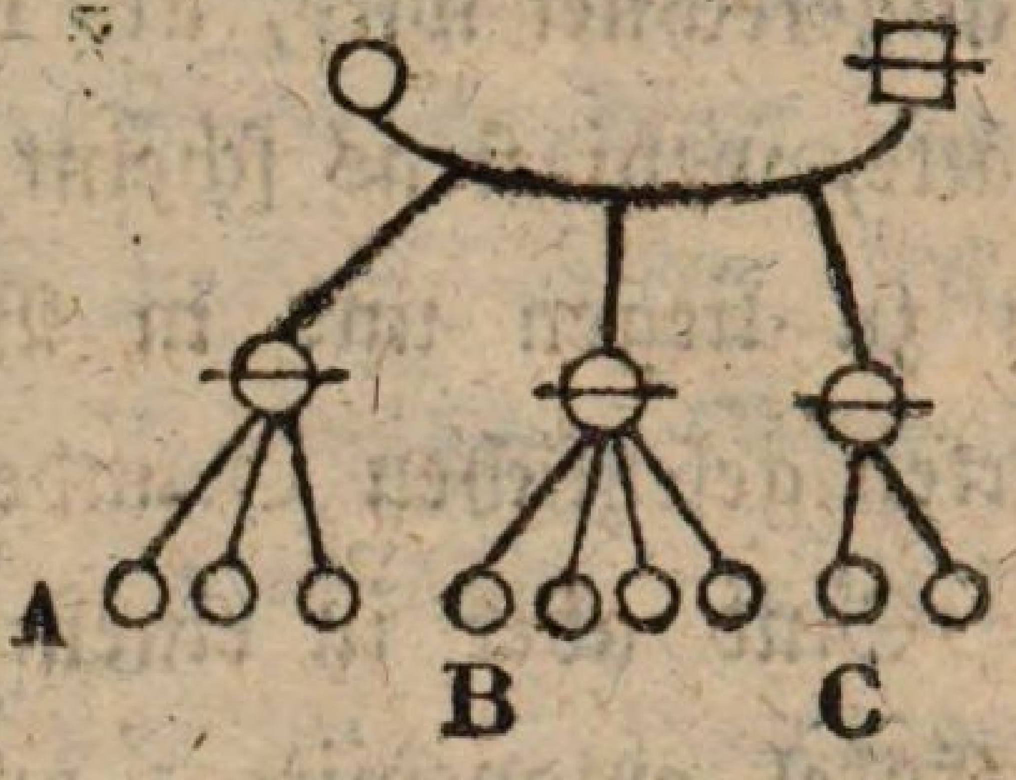
gleich beurtheilt werden, und so gut wie sie eben so viel bekommen, als ihr Vater erhalten hätte, läßt es sich auch rechtfertigen, daß ihrem Großvater ihre ganze Stammportion so angerechnet wird, als ob er den Sohn selbst emancipirt hätte, wenigstens scheint mir diese Analogie am nächsten zu liegen und in Verbindung mit dem oben angeführten gesetzlichen Grunde zu diesem Resultate zu führen. Sind aber in einem oder mehreren Stämmen einige Enkel emancipirt, andere nicht, so würde ich doch dieselbe Rechnung anwenden.



3 em. A

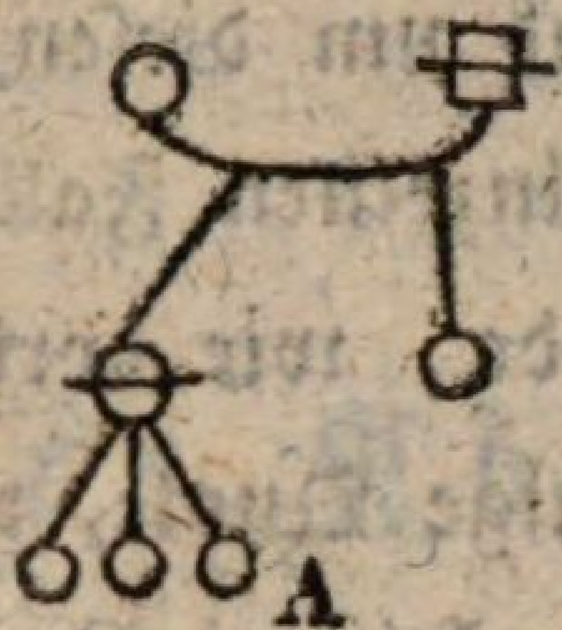
Der Vater bekäme also $\frac{1}{4}$ der Erbschaft in diesem Beyspiel zum Nießbrauch, von dem Sohne nämlich $\frac{1}{12}$, von jedem der 2 Enkel $\frac{1}{24}$, von jedem der 4 andern $\frac{1}{48}$, oder da er die auf A fallende Portion sich selbst auszahlen müßte, zusammen $\frac{11}{48}$. So hebt sich nun zwar der Fehler, daß anfänglich ein Enkel mitgerechnet wurde, der als nicht emancipirt, auch nicht auf diese Weise besteuert werden kann, dagegen bekommt der Vater noch etwas zu wenig, da ein Enkelstamm, in welchem nicht emancipirte Enkel sind, bey Berechnung der Virilportion nicht so gezählt werden sollte, als ein

emancipirter Sohn oder dessen Kinder, und dadurch können bedeutende Unregelmäßigkeiten entstehen,



da z. B. der Vater, wenn er den A, B und C emancipirt hat, zusammen $\frac{13}{144}$, dagegen wenn er den A mit seinen beyden Brüdern emancipirt hätte, $\frac{1}{6}$ oder $\frac{24}{144}$ zum Nießbrauch erhält, ein Unterschied, der nur zum kleinsten Theile von der Ungleichheit der Erbportionen für die Enkel der verschiedenen Stämme herrührt, und sich durch nichts entschuldigen läßt. Dennoch halte ich es für unzuläßig, jenen Fehler durch künstlichere Rechnungen zu berücksichtigen, da schon der gesetzliche Ausdruck portio virilis jede Theilung nach Brüchen ausschließt. — Prüfen wir nun diese Methode nach den Grundsätzen der Accretion, so ist die nach Schraders neuester Theorie eintretende Unbilligkeit beseitigt, daß beym Wegfallen eines von mehreren Enkeln auch die Kinder verlieren, ohne zu gewinnen, und der Vater entzieht auch jenen Enkeln nichts, sondern bekommt die sie treffende Quote, nur von den übrig bleibenden, nicht auch von dem Wegfallenden ausgezahlt; dagegen wiederholt sich, wenn in einem Enkelstamm auch nicht emancipirte Enkel sind,

natürlich das schon bey Kindern Statt findende Decrescirung für den Vater;



A

ist z. B. A nicht emancipirt, so erhält der Vater von diesem Stamm $\frac{1}{9}$, und wenn ein emancipirter Enkel wegfällt, $\frac{1}{12}$. Aber diese seltsamen Erscheinungen sind weder ein Fehler dieser, noch irgend einer andern möglichen Methode, da sie, wie oben bemerkt wurde, in dem einfachen, gar keinen verschiedenen Berechnungsarten unterworfenen Fall, wo nur Kinder vorhanden sind, sich ganz eben so zeigen, sondern sie hängen unzertrennlich mit dem Grundprincip des Gesetzes zusammen, welches, indem es dem Vater eine Belohnung und Entschädigung für die Emancipation seiner Kinder geben will, ihn von dem Entschlusse, mehrere aus seiner Gewalt zu entlassen, außer dem anderweitigen Verluste, noch durch die Bestrafung abzuschrecken sucht, daß er von jedem, auch den früher emancipirten Kindern nun eine in demselben Verhältnisse sich verkleinernde Quote zum Nießbrauche erhält. Wollte man nun jenes dem Wesen der Delation so sehr widersprechende Decresciren auch dadurch entschuldigen, daß wegen der Relativität des Ausdrucks portio virilis ihm überall erst dann deferirt werden könne, wenn alle Kinder die Erbschaft angetreten, oder sich über die

Antretung erklärt haben, so paßt doch dieser Nothbehelf natürlich nicht auf die emancipirten Kinder, bey denen das Decresciren eben so, wie bey der Virilportion des Vaters vorkommt, und um diesen Knoten zu zerhauen, muß man in jedem einzelnen Fall die oben angedeutete Rechnung anstellen, da, wie dort gezeigt wurde, das minimum, also diejenige Quote, welche ohne Besorgniß einer Verminderung gleich jetzt jedem Kinde deferirt werden kann, bald nach dem vorausgesetzten Wegfallen keines, bald nach dem aller übrigen Kinder zu berechnen ist. Wie leicht allen diesen Uebelständen durch die Festsetzung einer bestimmten Quote von der Portion jedes emancipirten Kindes für den Vater hätte abgeholfen werden können, ist an sich klar; eben so brauche ich wohl kaum darauf aufmerksam zu machen, daß ein Theil derselben sich factisch theils dadurch hebt, daß das Decresciren für die emancipirten Kinder nur so lange der Vater lebt Statt finden kann, nach dessen Tode sie den Nießbrauch an ihrem ganzen Erbtheil erhalten, theils für den Vater, indem in solchen Fällen auch die nicht emancipirten Kinder mehr bekommen, an deren ganzen Erbtheil er den Usufruct hat; das Gesetz bleibt dennoch nach meinem Urtheil höchst unvollkommen.

Dritter Abschnitt.

Geschichte des Anwachsungsrechtes bey der testamentarischen Erbfolge.

---

§. 9.

Ursprung dieses Instituts.

Die Frage nach dem rechtlichen Grunde, auf welchem das Anwachsungsrecht beruht, wird sich paßlicher bey der dogmatischen Darstellung der Lehre selbst beantworten lassen; hier untersuchen wir nur, in welche Zeit die Einführung dieses Instituts in das Römische Recht zu setzen ist, ein Punkt, über den die Meinungen der Schriftsteller um nicht weniger als 4½ Jahrhunderte differiren. Manche [67]) schreiben sie einer ausdrücklichen Bestimmung der 12 Tafeln zu. Obgleich wir nun, da

---

76) z. B. Accurs. ad l. 29. §. 1. de leg. II., Bolognetus, Mantica de conj. ult. vol. l. 4. c. 10. Corn. Schwanenburg de jure accr. c. 2.

uns der Inhalt dieses Gesetzes großentheils unbekannt ist, nicht leicht beweisen können, daß etwas nicht darin gestanden habe, so lassen sich doch die für jene Annahme vorgebrachten Gründe leicht widerlegen. Es sind nämlich folgende:

1.) In l. 29. §. 1. D. de leg. II. (31) wird von einem zum Erben eingesetzten Sohne, dem die Portion eines andern Erben accrescirt, a quo nominatim legatum erat, gesagt: „non praestabit legatum, quod jure antiquo capit" und dieses jus antiquum soll das Zwölftafelgesetz bedeuten, eben so wie in l. 1. §. 9. l. 2. §. 20. D. ad Sct. Tert. (38, 17) l. 3. C. de legit. tut. (5, 30). Aber in allen diesen Stellen heißt jus ant. nichts anders, als das vor Einführung eines neuen Gesetzes, auf welches sie sich beziehen, bestandene Recht, und darin liegt durchaus keine Hinweisung auf die 12 Tafeln, vielmehr kann in einer andern Stelle [77]) durchaus nichts anders mit dem ältern Recht gemeint seyn, als das Prätorische Edict; und so heißt in l. 29. cit. das jus antiquum nichts weiter, als das Recht vor der lex Papia, welches in Beziehung auf Söhne des Erblassers bekanntlich durch dieses Gesetz nicht geändert wurde.

---

77) l. un. C. unde vir et uxor. (6, 18) Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum liberorumve seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.

2.) Das jus accrescendi wird in l. 5. D. de vulg. et pup. (28, 6) der lex zugeschrieben, und unter lex wird oft [78]) das 12 Tafelgesetz verstanden. Aber eben so oft und namentlich in den Commentarien über die lex Papia, woraus diese Stelle genommen ist, wird damit dieses fast eben so wichtige Gesetz bezeichnet und kann in der l. 5. allein gemeint seyn, weil darin von einem vorher gar nicht vorhandenen caducum vindicare die Rede ist.

3.) Ulpian 24, 12. und jetzt auch Gajus 2, 206. reden beym jus accrescendi vom jus civile und damit ist häufig das Recht der 12 Tafeln gemeint [79]). Aber noch öfter und ganz eigentlich versteht man darunter das durch die Praxis und die Rechtsgelehrten eingeführte Recht [80]), und dieß wird namentlich hier damit bezeichnet im Gegensatz zu dem durch die lex Papia eingeführten Recht.

Duaren [81]) und seine Anhänger behaupten dagegen, das jus accrescendi sey eigentlich erst durch die lex Papia eingeführt, wenn auch schwache Spuren davon schon früher durch Gewohnheit sich gebildet hätten,

---

78) z. B. l. 13. §. ult. D. de serv. pr. rust. (8, 3) l. 1. D. de cur. fur. (27, 10) l. 18. D. qui test. facere (28, 1).

79) z. B. l. 1. pr. D. de tutelis (26, 1) vgl. mit l. 120. D. de V. S. (50, 16).

80) l. 2. §. 5. D. de orig. jur. (1, 2) l. 74. D. de her. inst. (28, 5).

81) de jure accrescendi lib. 1. cap. 1.

denn in l. 5. D. de vulg. et pup. bedeute lex der Inscription zu Folge die lex Papia und überhaupt werde diese ganze Lehre in den Commentarien zu jenem Gesetze am umständlichsten abgehandelt, was ohne die erwähnte Annahme unerklärlich wäre. Ob diese Erscheinung wirklich unerklärlich ist, werden wir unten sehen; Duaren's Behauptung stehen aber die beyden Stellen Ulp. 24, 12. und Gaj. 2, 206. bestimmt entgegen, wo der lex Papia nur gewisse Aenderungen an einem schon vorher vollständig ausgebildeten Institute zugeschrieben werden. Also durch das jus civile vor der lex Papia ist das jus accrescendi entstanden und ausgebildet. Dieß ist auch die Ansicht vieler Schriftsteller; genauere Nachrichten darüber lassen sich aber schwerlich auffinden.

§. 10.

Einfluß der lex Papia.

Wir stehen jetzt bey dem schwierigsten und dunkelsten Theile dieser ganzen Abhandlung, zwar nicht für diejenigen, welche durch Heineccius das vollständige Original der lex Papia erhalten zu haben meinen, und sich in diesem Glauben selbst durch Gajus nicht irre machen lassen, wohl aber für Jeden, der, die Verdienste des großen Mannes dankbar anerkennend, ihm die Spielerei mit alterthümlichen Worten und Sylben verzeiht, und die von ihm mit großer Sorgfalt gesammelten Nachrichten mit den wichtigen neuen Entdeckungen in Uebereinstimmung zu bringen, und daraus sichere

Resultate zu ziehen sucht. Daß es einem in tiefern historischen Untersuchungen gänzlich ungeübten Anfänger an dem dazu erforderlichen Scharfsinn und Gewandtheit fehlt, wird Entschuldigung finden; außerdem mußte das Schicksal gerade dieses Theils der Rechtsgeschichte, in welchem mehr als eine kühne und wahrscheinliche Hypothese vollkommen durch Nachrichten widerlegt ist, von denen freylich Niemand etwas ahnen konnte, mich vor der Zuversicht warnen, die auch jetzt noch sehr bedeutenden Lücken in unserer Kenntniß dieser Verhältnisse durch unerweisliche Vermuthungen auszufüllen. Beydes muß ich Männern überlassen, die einem solchen Unternehmen gewachsen sind, und mich begnügen, die in unsern Quellen enthaltenen unzweifelhaften Sätze zusammenzustellen und auf die dabey sich ergebenden Schwierigkeiten aufmerksam zu machen.

Bey der Darstellung der Veränderungen, welche das Anwachsungsrecht durch die lex Papia erlitt, ist es nöthig, so wie sie selbst es that, die verschiedenen Zeiten zu unterscheiden, innerhalb welcher eine im Testamente ausgesetzte Erbportion deficiren konnte. Diese wurden durch jene lex noch um eine vermehrt, denn den Anfangspunkt der Periode von der gesetzlichen Möglichkeit der Erklärung über die Annahme, bis zur wirklichen Erwerbung der Erbschaft, welches früher der Tod des Erblassers gewesen war, rückte sie auf die Eröffnung des Testaments hinaus [82]), und der Zwischenraum vom

---

82) ausgenommen für den heres ex asse.

Tode des Erblassers bis zur Testamentseröffnung war vorzugsweise der Gegenstand ihrer Bestimmungen, von welchem, als dem eigentlichen caducum, sie ihren Namen erhielt. — Daß eine im Testamente angewiesene Erbportion deficire, ist nur nach der Testamentserrichtung und nur vor der Erwerbung dieser Portion möglich. Diesen Zeitraum theilt die lex Papia in 5 Abschnitte:

1.) Testamentarische Bestimmungen können schon im Augenblick der Errichtung dergestalt ungültig seyn, daß sie gar keine Beachtung verdienen (pro non scripto). Dann wurde es angesehen, als habe der Erblasser über diesen Theil der Erbschaft gar nichts bestimmt [83]. Die so ausgesetzten Legate blieben daher in der Erbschaft, die Erbportionen vergrößerten die Quoten der übrigen Erben verhältnißmäßig [84]. Es gehörten dahin folgende Fälle:

a) wenn der eingesetzte Erbe zur Zeit der Testamentserrichtung keine testamenti factio hatte, z. B. gar nicht in rerum natura war oder als solcher betrachtet wurde [85];

b) wenn eine Erbeseinsetzung wegen mangelnder Bestimmtheit des Willens ungültig war [86];

---

83) l. 1. D. de his, quae pro non scr. (34, 8) perinde habentur ac si inserta testamento non fuissent.

84) l. 13. §. 5. D. de her. inst. (28, 5).

85) l. 3. §. 2. l. 4. pr. D. h. t. (34, 8).

86) l. 2. D. eod. l. 188. D. de R. J. (50, 17).

c) captatorische und nach dem senatus consult. Libonianum ungültige Einsetzungen [87];

d) wenn der Erblasser später in demselben oder einem andern Testamente einen geänderten Willen kund giebt, so galt der erste nun auch pro non scripto. Die lex Papia scheint dieß ältere Recht ausdrücklich bestätigt zu haben, wenigstens ließ sie es ungeändert, und Justinian bestätigte für alle Zeiten, daß alles, was auf diese Weise im Testamente angeordnet war, entweder an die Substituten oder an andere Erben nach den Regeln der Accretion, oder, wenn jene nicht vorhanden waren, an die Intestaterben kommen sollte

l. un. §. 3. C. de cad. toll. (6, 51). In primo itaque ordine, ubi pro non scripto efficiebantur ea, quae personis jam ante testamentum mortuis testator donasset, statutum fuerat, ut ea omnia bona manerent apud eos, a quibus fuerant derelicta: nisi vacuatis vel substitutus suppositus, vel conjunctus fuerat aggregatus: tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant, quod et nostra majestas quasi antiquae benevolentiae consentaneum et naturali ratione subnixum intactum atque illibatum praecepit custodiri in omne aevum valiturum.

2.) Was vor dem Tode des Erblassers deficirte, hieß in causa caduci: es war nämlich nach Analogie

87) l. 1. D. h. t.

des eigentlichen caducum gebildet und steht für quasi caducum [88]). Hieher gehörten die beyden Fälle, wenn der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser starb oder die Bedingung der Einsetzung deficirte. War der wegfallende Erbe heres ex asse, so war das Testament destitut und die Erbschaft kam an die Intestaterben, sonst wurde seine Portion caduca.

l. un. §. 2. C. de cad. toll. (6, 51) vel vivo testatore is, qui aliquid ex testamento habuit, post testamentum ab hac luce subtrahebatur, vel ipsum relictum expirabat (forte quadam conditione, sub qua relictum fuerat, deficiente) quod veteres appellabant in causa caduci.

3.) Was nach dem Tode des Erblassers vor Eröffnung des Testaments oder dem Eintritt der Bedingung deficirte, hieß caducum im engern Sinn. Es gehört dahin

a) Wenn der Erbe starb oder pereger wurde, d. h. eine cap. dem. magna erlitt [89]).

b) Alles, was einem incapax hinterlassen war nach den Bestimmungen des ersten Theils der lex Papia: ein coelebs konnte gar nichts, ein orbus nur die Hälfte der hinterlassenen Portion erhalten. Das, was aus diesem Grunde wegfiel, rechnete man zum eigentlichen caducum, und nicht zu dem pro non scripto;

---

88) ähnlich wie l. 1. §. 2. D. de tab. exhib. (43, 5) l. 4. §. 1. D. de separat (42, 6).

89) Ulp. 17, 1.

weil die regula Catoniana und ihre Ausdehnung auf Erbeseinsetzungen hier nicht angewandt wurde [90]), vielmehr war in der lex Papia namentlich bestimmt, daß ein solcher sich noch capax machen konnte, wenn er innerhalb 100 Tagen dem Gesetze Genüge leistete [91]).

c) Die letzte Bestimmung wurde später auch auf solche ausgedehnt, die nach der lex Junia Norbana Latini waren, wenn sie nicht innerhalb 100 Tagen das Bürgerrecht erlangten [92]). Die Usucapio pro herede konnte sogar in diesen Fällen das Caducwerden nicht ausschließen, denn sie war nur einem capax gestattet [93]). Dagegen erhielt auch der incapax die Erbschaft, wenn sie insolvent war [94]). Justinian redet in §. 2. de cad. toll. nur vom Fall des Todes, denn die Incapacität des coelebs und orbus war von Constantin und Honorius [95]) und die des Latinus Junianus von Justinian selbst [96]) vorher aufgehoben.

---

90) l. 1. 5. D. de reg. Cat. (34, 7).

91) Ulp. 17, 1. l. 52. D. de leg. II. (31) Dieselbe Zeit war für die alte cretio vom Tode des Erblassers an festgesetzt. Ulp. 22. 3. Die lex Papia hatte nur von Erbschaften und Legaten geredet, das Sct. Pegas. setzte die Fideicommisse diesen gleich. Gaj. II. 286.

92) Ulp. 17, 1; 22, 3. l. 28. D. de legibus (1, 3).

93) l. 4. D. pro herede (41, 5); l. 7, 9. D. pro legato (41, 8).

94) l. 72. D. de her. inst. (28, 5)

95) l. 1, 2. C. de infirm. poen. coelib. (8, 58)

96) l. un. C. de Lat. libert. toll. (7, 6)

4.) Ereptorium oder ereptitium (Ulp. 19, 17). Dieß wird zuweilen mit unter dem caducum aufgeführt [97]), ist aber bestimmt davon unterschieden, indem es dem Erben zur Strafe entzogen wird [98]). Was dahin gehörte, scheint in der lex Papia nicht namentlich aufgezählt zu seyn, es ist zum Theil erst durch spätere Gesetze hinzugekommen. Die zur Zeit der lex Papia schon geltenden Gründe waren: Ermordung des Erblassers oder unterlassene Rache seines Todes, tödtliche Feindschaft oder Anstellung einer controversia status gegen ihn, u. s. w. [99]). Ueber das Verhältniß des auf diese Weise Wegfallenden zu dem eigentlichen caducum wissen wir nichts, als was Justinian darüber sagt:

> l. un. §. 12. C. de cad. toll. (5, 51) Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum sive in alias personas perveniant.

5.) Wenn ein Erbe nach der Testamentseröffnung vor Antretung der Erbschaft stirbt oder ausschlägt, so wird es mit diesen vacantia bona ganz wie mit dem

---

97) z. B. l. 9. D. de Sct. Silan. (29, 5) Cum fisco caduca bona defuncti addicantur propter inultam mortem, in eum legatorum actio datur.

98) l. pen. D. de J. F. (49, 14) l. 26. D. de leg. Com. de falsis. (48, 10)

99) l. 9. D. de his, quae ut indign. (34, 9).

eigentlichen caducum gehalten, wie Ulpian I, 21. bestimmt genug sagt[100].

§. 11.

Fortsetzung.

Was war nun das Schicksal einer Erbportion, die als caduca, quasi caduca oder vacans deficirte? Ganz allgemein findet man bey den Schriftstellern nach einer Declamation über das Unglück der Bürgerkriege die Behauptung, die lex Papia habe in allen jenen Fällen das jus accrescendi aufgehoben und die Erbportionen oder Legate dem aerarium zugesprochen, als ein kräftiges Mittel dem gesunkenen Wohlstande und dem durch die Bürgerkriege veranlaßten Geldmangel des Staats wieder aufzuhelfen[1]. Daß diese Ansicht, für welche nicht nur Justinians Erzählung, sondern auch andere Aeußerungen der Alten zu sprechen scheinen, schief und durchaus unhaltbar sey, läßt sich nun bis zur Evidenz

---

100) In Ulp. 28, 7. ist von einem Intestaterben die Rede, der zugleich der einzige und in der letzten Klasse berufen war, hier konnte es freylich nur heißen: populo bona deferuntur.

1) Cocceji z. B. giebt ad tit. de legat. die Geschichte des jus accr. in origineller Kürze also: tria fuere tempora, 1) vetus ante l. Papiam 2) medium sive ipsius legis Papiae, quo totum jus accr. sublatum et portio deficiens fisco data fuit 3) novum, quo jus vetus plenius reductum fuit in l. un. C. de cad.

beweisen. Die Bereicherung des Schatzes nicht durch gleichmäßig geregelte Abgaben, sondern, nach den Launen des Zufalls Einzelne treffende, Verluste, zu einer Zeit, wo keine Kriege zu führen waren und das Reich beynahe seine größte Ausdehnung erlangt hatte, hätte als eine unnütze Despotie erscheinen müssen, deren sich Augustus schwerlich schuldig machen wollte; dagegen war es durchaus nöthig, der bekanntlich sehr großen, durch die Scenen der frühern Zeit herbeygeführten, und durch die Verderbniß der Sitten immer zunehmenden Entvölkerung des Staats zu begegnen, und dieß war der einzige Hauptzweck des Gesetzes, aus welchem sich alle einzelne Bestimmungen desselben, wenigstens so fern sie unsern Gegenstand betreffen, beynahe a priori herleiten und erklären lassen. Bekanntlich sollte ein coelebs gar nichts aus einem Testamente erwerben können, der orbus nur die Hälfte des ihm Hinterlassenen. War etwas im Testament pro non scripto, so wurde dadurch auch die Quote des orbus verhältnißmäßig vergrößert, weil dieß gleich bey der Delation auf die andern Portionen vertheilt wurde, fiel dagegen etwas als caducum weg, so wäre es widersinnig gewesen, auch Jene, welche die Strafe des Gesetzes traf, daran Theil nehmen zu lassen, den coelebs schon darum, quia rem non videtur habere, d. h. weil er gar nicht, auch juristisch durchaus nicht, als Erbe zu betrachten ist, den orbus aber, weil er auf diese Weise das, was ihm zur Strafe entzogen wurde, wieder erhalten hätte, wenn seine Miterben wegfielen, und weil er doch darum, weil andere orbi und

coelibes, also keine Mitschuldigen vorhanden waren, keine Belohnung ansprechen durfte [a]); mit dem quasi caducum und vacans war es eben so, weil sie ganz nach Analogie des eigentlichen caducum behandelt werden sollten. Nun ist jeder in einem Testamente Bedachte entweder coelebs oder nicht, im letztern Fall entweder orbus oder nicht, d. h. pater; so zeigt also die einfachste Logik, daß schon nach den bisher angeführten längst bekannten Bestimmungen der lex Papia von einem Recht, durch Accretion etwas zu erhalten, nur bey solchen Erben die Rede seyn konnte, die zugleich patres waren. Waren also unter den eingesetzten Erben keine solche vorhanden, so mußten jene Theile der Erbschaft als bonum vacans an den Staat fallen, wie es schon vorher Regel war. In dem durch die genannten Bestimmungen beschränkten Gebiete der Accretion etwas zu ändern, z. B. das Vorzugsrecht der conjuncti aufzuheben, dafür läßt sich ohne bestimmte Nachrichten weder in den Stra-

---

a) Dieß ist an sich klar, weil sonst, wenn z. B. 3 orbi zu Erben eingesetzt waren, jeder anfänglich $\frac{1}{6}$ der Erbschaft und nachher durch Accretion von jedem der Andern $\frac{1}{12}$, also im Ganzen wieder $\frac{1}{3}$ erhalten hätte. Diese und alle übrigen Bestimmungen dieser Art folgen aus einer nothwendigen Consequenz, wie man sie bey jenem sorgfältig ausgearbeiteten Gesetze wohl erwarten darf; sie führen aber auf eine ganz andere Ansicht, als die gewöhnliche ist, nach welcher die Begünstigung kinderreicher Ehen und Aufhebung des jus accr. als 2 ganz heterogene, zufällig in demselben Gesetze behandelte Gegenstände dargestellt werden.

sen der lex Papia, noch selbst in der gewöhnlich angenommenen Absicht, das aerarium zu bereichern, irgend ein Grund auffinden. Fragen wir nun, in wie fern die bisher geäußerten Vermuthungen ihre Bestätigung oder Widerlegung in unsern Quellen finden, so ist es schon sehr auffallend, daß in den Schriften der Rechtsgelehrten die ganze Theorie des Anwachsungsrechtes so ausführlich entwickelt und so unbefangen vorgetragen wird, als ob gar nichts vorgefallen wäre, und zwar nicht etwa in den Commentaren zu den 12 Tafeln oder andern mehr dem ältern Recht gewidmeten Schriften, sondern in den libris ad Sabinum und Digestorum, daß ferner diese ganze Theorie in die Pandecten aufgenommen ist, aus welchen die ein halbes Jahr später gegebene Verordnung von Justinian, worin er sich rühmt, das jus accr. wieder herzustellen, nur ein dürftiger Auszug ist. Auch sind die von jenen Schriftstellern gebrauchten Beyspiele nicht etwa nur solche, wo etwas pro non scripto, also den Bestimmungen der lex Papia gar nicht unterworfen war, sondern in viel größerer Anzahl solche, die von einem caducum und vacans handeln [3]; endlich enthalten gerade die Commentare zur lex Papia in den uns bekannten Bruchstücken das feinere Detail des Anwachsungsrechtes, wie schon Duaren bemerkte, so daß es wahrscheinlich wird, dieses schon vorher vorhandene und durch die Praxis gebildete Institut sey in jenem großen Gesetz zum

---

3) z. B. l. 17. §. 1. D. de her. inst. (28, 5) und viele andere Stellen.

erstenmal mit den Einschränkungen, die es jetzt leiden mußte, bestätigt und näher bestimmt worden. Eine Hauptveränderung betraf den Namen; denn die lex Papia sprach von einem jus in caducis vindicandis, und bezeichnete das gewissen Personen zustehende Vorzugsrecht bey der Accretion durch potiorem esse in cad. vind. Die Regel war nun: daß wegfallende Quoten der Erbschaft oder Legate den Erben accrescirten, welche Kinder hatten; wenn keine solche vorhanden waren, den Legataren welche Kinder hatten; und wenn es auch an solchen fehlte, dem aerarium zufielen. Die Zeugnisse hierfür, wie sie schon in Hugo's Rechtsgeschichte X, p. 691 gesammelt stehen, sind folgende: bey Juvenal 9, 87 wird dem Ehemanne von demjenigen, der seine Stelle bey der Frau vertritt, vorgeworfen:

> Jura parentis habes, propter me scriberis heres,
> Legatum omne capis, nec non et dulce caducum.

Ferner sagt Tacitus Annal. 3, 28 von der lex Papia:

> „ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret."

> Ulp. 25, 17. Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere Senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat [4]).

4) Dasselbe drückt Ulpian im Commentar zur lex Papia mit den Worten aus: „nihil debet e accrescere" l. 85. de acq.

Ulp. 1, 21. (Freylassungen, die zwischen den Erbeseinsetzungen angeordnet sind, gelten nur, wenn der erste Erbe die ganze Erbschaft erhält, weil er das jus in cad. vind. hat) „quod si non habeat, non valere constat, quod, loco non adeuntis, legatarii patres heredes fiunt [5])."

Am deutlichsten werden diese zerstreuten Nachrichten und Andeutungen bestätigt durch 2 Stellen bey Gaius:

Gaj. II, 286. Coelibes quoque, qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur, olim videbantur fideicommissa capere posse. Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea Scto Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt, eaque translata sunt ad eos, qui testamento liberos habent, aut, si nullos [6]) liberos habebunt, ad populum,

---

vel omitt. her. (29, 2) Cujacius wollte bekanntlich in jener Stelle lesen: si ex liberis sit. Ein warnendes Beyspiel gegen solche willkührliche Veränderungen!

5) Die Richtigkeit dieser Lesart des cod. Vat. ist nun unbestritten; früher wollte man allgemein lesen: „ex lege aerarium partis heres fiat." Zur Erläuterung dieser Stelle dient §. 3. 4. J. de legat (2, 20).

6) Besser scheint die von Savigny vorgeschlagene Lesart: nulli liberos.

sicuti juris est in legatis et in hereditatibus.

§. 206—207. post legem Papiam deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent. Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.

Endlich:

fragm. de jure fisci §. 3. Jus patrum non minuitur, si se is deferat, qui solidum id, quod relictum est, capere non potest [7]; sane, si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est.

Die letzte Stelle enthält die gewiß nicht auffallende Nachricht, daß das jus in cad. vind. erst dann ausgeübt werden konnte, wenn etwas wirklich caduc geworden war, und bestätigt mit klaren Worten die sonst schon [8]) bekannte Notiz, daß ein coelebs und Latinus Ju-

---

7) d. h. vermuthlich, daß die einem incapax, welcher sich selbst als solchen angiebt, versprochene Belohnung durch die Hälfte dessen, was ihm entzogen wird (l. 13. D. de j. f.) nur dann Statt finden soll, wenn der fiscus das caducum erhält, daß dagegen, wenn andere zur Vindication berechtigt sind, diese nicht verpflichtet seyn sollen, ihm jene Belohnung zu lassen.

8) aus Ulpian 17, 1. und 22, 3.

nicnus 100 Tage vom Tode des Erblassers als die Zeit der alten cretio Frist hatte, um sich capax zu machen; versäumte er dieß und die patres vindicirten nun diese Portion, so war natürlich der fiscus dadurch für immer ausgeschlossen. Unbegreiflich ist es, wie Gans [9]) in dieser Stelle finden wollte, „daß die patres nur 100 Tage lang das caducum vindiciren konnten, sonst falle es dennoch dem fiscus zu;" selbst sein Recensent Zimmern hat diese Flüchtigkeit nicht gerügt, und Schweppe [10]) hat sie ihm nachgeschrieben. Zu dem Recht, als pater das caducum zu erhalten, reichte schon das Vorhandenseyn Eines Kindes hin, wie aus den auf die angeführten Verse von Juvenal unmittelbar folgenden:

commoda praeterea junguntur multa caducis,
si numerum, si tres implevero

und aus einer Stelle aus Gajus Commentar zur lex Papia erhellt, welche zugleich als Beyspiel der sogenannten logischen Auslegung dienen kann:

l. 149. D. de V. S. (50, 16) Nam quem sine liberis esse dicere non possumus: hunc necesse est dicamus liberos habere.

Das jus liberorum konnte aber auch vom Princeps an Einzelne ertheilt werden. Außer solchen Privilegien gab es noch gewisse Personen, bey denen die lex Papia ihre eigenen Beschränkungen wieder erweiterte und

---

9) Scholien zum Gajus p. 376.

10) Rechtsgeschichte §. 518. a.

sich dadurch dem ältern Recht näherte: diese erbten nicht als patres, was jetzt als die Regel erschien, sondern aus andern Gründen, sie hatten das jus antiquum in caducis vindicandis. Dahin gehören

1.) Descendenten und Ascendenten des Erblassers bis zum dritten Grade

pr. C. de cad. toll. (6, 51) Et cum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur suis machinationibus et angustiis circumcludens solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes [11]), suum imponere jugum erubuit, jus antiquum intactum eis conservans.

Ulp. t. 18. qui habeant jus antiquum in caducis [12]). Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia jus antiquum dedit, ut, heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum aut ex parte, prout pertinere possit.

---

11) im Gegensatz zu dem Exheredirten, die dieses Recht nie ausüben konnten l. 4. D. de bon. libert. (38, 2)

12) Diese Ueberschrift und die Anfangsworte zeigen schon, daß dieser Titel außer dem Fragment, welches wir davon kennen, noch mehrere andere Bestimmungen enthielt, und bestätigt daher die Ansicht, daß man bey Justinian in der angeführten Stelle keine Vollständigkeit suchen darf.

Heineccius stellt [13]) die sonderbare Behauptung auf, die Beschränkung auf den 3ten Grad gelte nur bey Ascendenten, Descendenten hätten dieß Recht in infinitum gehabt, und zwar weil es im griechischen Text der Nov. 84. c. ult. von den bonis damnatorum heißt: εἰ δὲ μὴ ὕπεισι κατιόντες ἀλλ᾽ ἀνιόντες ἄχρι τρίτου βαθμοῦ αὐτοὺς ἔχειν. Direct wird diese nach Ulpians Worten allerdings mögliche Annahme durch die Stelle von Justinian widerlegt, wo durch einen glücklichen Zufall umgekehrt die Ascendenten vor den Descendenten genannt sind, so daß die Verbindung beyder Stellen zeigt, daß die Beschränkung auf den dritten Grad allgemein gilt. Auch ließe sich die von Heineccius angeführte Stelle schwerlich als Analogie anwenden, dagegen gewiß die transmissio Theod., welche offenbar auf jene Bestimmung der lex Papia gebaut ist, und wobey die Beschränkung auf Urenkel namentlich steht [14]). Ferner will Heineccius dieß jus antiquum bey Descendenten auf die sui beschränken und gesteht dann selbst, daß die Ascendenten besser daran gewesen seyen, weil der von ihnen zu Beerbende natürlich ihr suus nicht seyn konnte, auch hätten dann die Erben der Mutter diese Begünstigung nicht ge-

---

13) Comm. ad leg. Jul. et Pap. l. 3. c. 3.

14) l. un. C. de his, qui ante ap. tab. (6, 52) Auch aus innern Gründen, etwa der größern Seltenheit der von der gesetzlichen Beschränkung ausgenommenen Fälle, ließe sich dieser Unterschied nicht erklären, denn die Urgroßväter sind, sollte man denken, gerade so häufig oder so selten, als die Ururenkel.

nossen. Es ist aber in den beyden obigen Stellen nicht von sui (was ja auf die Ascendenten gar nicht gepaßt hätte) sondern von **liberi** die Rede, und bey der ganz analogen transmissio Theod. ist ausdrücklich bestimmt, daß sie sich auch auf die Erben der Mutter und Großmutter beziehe. Heineccius hat auch für seine Behauptung keinen andern Grund, als die unerweisliche Hypothese, daß die l. 13. D. de suis et leg., wo Gajus sagt, die Frau könne keine suos haben, eine Anmerkung zu dieser Stelle der lex Papia gewesen sey. Auch Gothofredus hat diese letztere Bestimmung in seine Restitution aufgenommen. Ramos aber weiß von beyden angeführten Beschränkungen nichts.

2.) Eheleute konnten als solche matrimonii nomine d. h. wenn sie nicht zugleich gemeinschaftliche Kinder hatten, nur decimam capere, und für jedes Kind aus einer andern Ehe wieder $\frac{1}{10}$ [15]). In gewissen Fällen, nämlich wenn sie ein gemeinschaftliches Kind hatten, wenn ihnen der Fürst das jus liberorum schenkte, wenn sie noch nicht, oder nicht mehr in dem Alter waren, wo sie Kinder zeugen mußten, und in einigen andern von Ulpian t. 16. aufgeführten Fällen waren sie solidi capaces, namentlich auch wenn sie im 6ten oder einem näheren Grade verwandt waren. Dieß letztere konnte durch die Rücksicht veranlaßt werden, daß eine noch durch nahe verwandtschaftliche Verhältnisse mit ihrem Manne verbundene Frau denselben Vorzug verdiene, als seine

---

15) Ulp. t. 15.

Descendenten und Ascendenten, und es scheint mir unzweifelhaft, daß sie in diesen Fällen so gut als jene zur Accretion zugelassen wurde, und daß diese Erwähnung in dem für uns großentheils verlornen 18ten Titel von Ulpian enthalten war; für ganz falsch halte ich aber den Schluß, den Gothofredus und Heineccius aus dieser Stelle und einer andern von Sozomenus ziehen, daß auch coelibes und orbi den Strafen der lex Papia nicht unterworfen gewesen seyen; wenn sie nur im 6ten Grade oder näher mit dem Erblasser verwandt waren. Sozomenus sagt nämlich in der hist. eccl. l. 1. c. 9. νομος ἦν Ῥωμαιοις παλαιοις, ἀπο εἰκοσι και πεντε ἐτων των ἰσων ἀξιουσθαι κωλυων τους ἀγαμους τους μη τοιουτους, περι ἀλλα τε πολλα και το μηδεν κερδαινειν ἐκ διαθηκης, τους μη γενει ἐγγυτατω προσηκοντας, τους δε ἀπαιδας ζημιων το ἡμισυ των καταλελειμμενων. Dieß ist die einzige Stelle, die G. und Heineccius für jene Behauptung anführten; wie schlecht diese Auctorität ist, folgt schon daraus, daß Sozomenus das für die Erzeugung der Kinder bestimmte Alter auf die Eingehung von Ehen überträgt, wofür bekanntlich das der Mannbarkeit festgesetzt war. Die γένει ἐγγυτάτω προσήκοντες sind ganz unbestimmt gelassen und können vernünftiger Weise nur auf die Descendenten und Ascendenten, höchstens auch auf verwandte Eheleute bezogen werden. Die Analogie von dem, was unter Eheleuten Statt finden sollte, läßt sich allerdings, aber nur auf eine ganz andere Art anwenden. Da nämlich die erlaubten Ehen damals höchstens mit dem 4ten Grade der Seitenverwandtschaft anfingen, so konnte man auch nur von

diesem die Verwandtschaft unter Eheleuten zu berechnen anfangen, und die Beschränkung auf den dritten Grad, die bey andern Personen in gerader Linie galt, führte hier auf den 6ten Grad, wie auch das Gesetz ganz consequent bestimmte. (Vielleicht jedoch ist dieß nur ein Fall, der seit der lex Furia so häufigen Beschränkung auf den 6ten Grad, ohne bestimmtere Veranlassung als die Analogie jenes Gesetzes.) Wäre aber diese Art der Verwandtschaft auch ohne das eheliche Verhältniß allein hinlänglich gewesen, so war es höchst überflüssig und unnütz, in dem Gesetze, aus welchem Ulpian offenbar nur einen Auszug giebt, zu bestimmen, daß dieß auch bey Eheleuten so seyn sollte. Außerdem wären, wenigstens nach Heineccius Ansicht, diese bis zum 6ten Grade verwandten coelibes und orbi doch vom Anwachsungsrecht ausgeschlossen gewesen, die Execution der bestimmten Strafe hätte also von ganz zufälligen Umständen, nämlich dem Deficiren der etwa neben ihnen eingesetzten Erben abgehangen, und dieß ist schon an sich sehr unwahrscheinlich. Diese ganze 2te Ausnahme beschränkt sich also auf Eheleute unter den genannten Voraussetzungen.

3.) Die ersten Kaiser ließen sich gegen die lex Papia vom Senat dispensiren, und bald gieng dieses Recht auf ihre Nachfolger über. Daher Ulpian in seinem Commentar zur lex Papia den allgemeinen Satz aufstellt: princeps legibus solutus est [16]) d. h. also,

---

16) l. 31. D. de legibus (1, 3).

wenn der Princeps in einem Testamente bedacht ist, so findet in seiner Person das vor der lex Papia bestehende Recht Statt. Stirbt also ein Miterbe oder Collegatar von ihm vor Antretung der Erbschaft, so bekommt er in jedem Falle dessen Portion jure accrescendi, und, stirbt der Fürst nach dem Erblasser, so soll er, wie es im alten Rechte war, das Recht auf das ihm ausgesetzte Legat auf seinen Erben transmittiren [17]). Die Privilegien des Princeps pflegten auch auf die Augusta übertragen zu werden [18]), aber natürlich nicht in größerem Umfange, als er selbst sie genoß, stirbt sie also vor dem Erblasser, in dessen Testamente sie bedacht ist, so deficirt ihre Portion, da sie weder nach altem noch nach neuem Recht einen Anspruch darauf erworben hatte.

l. 57. D. de leg. II. (31). Si Augustae legaveris et ea inter homines esse desierit, deficit, quod ei relictum est: sicuti Divus Hadrianus in Plotinae et proxime Imperator Antoninus in Faustinae Augustae persona constituit, cum ea ante inter homines esse desiit, quam testator decesserit.

Gothofredus schließt aus dieser Stelle, die Augusta sey überall nicht gegen die lex Papia privilegirt gewesen, gewiß mit Unrecht, da als Entscheidungsgrund gerade angeführt wird, daß sie vor dem Erblasser gestorben sey, und gegen l. 31. D. de legibus. Man kann

---

17) l. 56. D. de leg. II. (31)

18) l. 31. D. de legibus.

entweder mit Heineccius annehmen, daß Collegatare der Augusta in diesem Fall glaubten, ein Recht auf die ihr bestimmte Portion zu haben, oder daß ihre Erben ein solches geltend machen wollten.

Wenn nun solche, die entweder den Bestimmungen der lex Papia gar nicht unterworfen waren (patres), oder zu den bisher aufgezählten bevorzugten Personen gehörten, zusammen vorkamen, so concurrirten sie ohne Zweifel, und das caducum wurde unter sie getheilt. Hierauf beziehen sich die Worte bey Ulp. 1. 18. „ad hos (Descendenten und Ascendenten des Erblassers, vermuthlich auch auf die andern unmittelbar vorher von Ulpian genannten Personen zu beziehen, die eben so begünstigt waren) pertineat aut totum aut ex parte, prout pertinere possit". Waren nämlich solche Verwandte des Erblassers neben extraneis, welche Kinder hatten, eingesetzt, so waren diese gleich berechtigt, und jede Abtheilung erhielt einen verhältnißmäßigen Theil. Falsch ist daher die von Heineccius gegebene Erklärung dieser Worte, daß bey der Berechnung des Theils, den Jemand durch Accretion erhielt, auch andere im Testament eingesetzte und von der Accretion ausgeschlossene Erben mitgezählt worden seyen, deren Antheil dann an den fiscus gekommen wäre, was nun besonders auch durch die oben angeführte Stelle von Gajus widerlegt wird. War aber gar keiner der eingesetzten Erben zur Accretion berechtigt, so kamen die wegfallenden Quoten der Erbschaft an die Legatare, welche Kinder hatten, ein mit dem früher schon bestandenen Anwachsungs-

recht durchaus nicht zusammenhängendes [19]) praemium der Fruchtbarkeit, woraus sich aber einigermaßen erklärt, daß auch bey den heredes patres nur von einem jus in cad. vind. gesprochen wird, welches sich doch von dem frühern Anwachsungsrecht nur dadurch unterschied, daß es Fälle geben konnte, wo die Ausschließung gewisser Miterben von der Accretion ihnen ein neues Vorzugsrecht ertheilte. Hatte endlich keine der genannten Personen ein Recht auf das caducum, so kam es nach den Worten des Gesetzes an den populus, also in das aerarium [20]). Einige später eingeführte Arten der Caducität sollten in den fiscus fließen, namentlich nach einem Sct. unter Hadrian solche Fideicommisse, die ungültig waren, weil sie einem peregrinus hinterlassen waren [21]). Nach einer Verordnung von A. Caracalla wurde der fiscus überhaupt an die Stelle des Aerarium's gesetzt:

Ulp. 17, 2. Hodie ex constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.

und diese Stelle spricht so bestimmt, daß man wohl genöthigt ist, mit Heineccius in l. 96. §. 1. D. de leg. I. (30) wo schon Julian vom fiscus spricht,

---

19) etwas Aehnliches bestimmte Justinian in Nov. 1. c. 1.

20) den erstern Ausdruck hat Tac. Annal. III, 25. Gajus II. 286. Ulp. 28, 7. Das aerarium nennt Plin. ep. XI, 16.; IV, 12. l. 13. pr. l. 15. §. 1. 3. D. de j. f. (49, 14)

21) Gajus II. 285.

einen Tribonianismus anzunehmen. Aus der letztern Stelle ergiebt sich auch, daß das aerarium in Beziehung auf alle Lasten ganz die Verpflichtung des Erben übernahm, dessen Portion caduca geworden war; ein auffallender Satz, da dieß bey der Accretion erst nach Analogie einer für den Substituten gegebenen Verordnung von Sever und Caracalla eingeführt wurde. Daraus aber, daß schon Julian dieß anführt, zeigt sich auch die Unrichtigkeit von Cujacens Veränderung, der in Ulpian. tit. 17. das hodie ex cst. Antonini vor den §. 3. setzen wollte, in der Meynung, dieß müsse eben jene cst. gewesen seyn, die in l. 4. C. ad Sct. Treb. (6, 49), l. 61. §. 1. D. de leg. II. (31) und sonst mehrfach erwähnt wird; und eben so unrichtig ist die Annahme, deren sich Ramos rühmt, den §. 2. und 3 bey Ulpian blos durch ein Comma zu trennen, wodurch er auf einem leichtern Wege zu demselben Resultat, wie Cujacius zu gelangen hofft. Endlich verstand Gans[22]) früher die Stelle so, als habe Caracalla das jus patrum aufgehoben, und nur das der Descendenten und Ascendenten stehen lassen, er ist aber von seinem Recensenten[23]) dadurch widerlegt, daß bey demselben Ulpian 1, 21 und 25, 17 das jus patrum noch als practisch erwähnt wird, und hat nun seinen Irrthum zurückgenommen[24]). Dasselbe hält noch Hu-

22) Scholien zum Gajus p. 376.

23) Zimmern in den Heidelberger Jahrbüchern. May 1821.

24) Erbrecht p. 435. not. 33.

go Rechtsgeschichte (p. 718) für wahrscheinlich, aber Ulpian redet blos von der Substituirung des fiscus an die Stelle des Aerariums, und hatte keine Veranlassung, alle Fälle aufzuzählen, in denen jener wie früher dieses durch Privaten ausgeschlossen wurde, zumal da man unter parentes recht wohl auch die patres überhaupt verstehen konnte, denen das vor jener Verordnung ihnen zustehende Recht (jus antiquum) ungeschmälert blieb.

Es sind bey der nach der lex Papia geltenden Accretion noch zwey Fragen zu berühren, über welche wir gar keine Nachrichten haben: zunächst ob die Accretion ipso jure oder nur mit dem Willen der dazu Berechtigten eintrat? Bekanntlich blieb bey mehreren Personen jenes Recht auch der Form nach unverändert, nur mit ausdrücklicher Bestätigung des bisher Geltenden, stehen, und zwischen diesen und denjenigen, welchen dasselbe ihnen schon vorher zustehende Recht jetzt als Belohnung ihrer fruchtbaren Ehe angeboten wurde, läßt sich auf diesem Punkte durchaus kein Grund zur Annahme eines Unterschieds finden. Ferner hätte die Liberalität des Aerariums, nach welcher dieß allein vor Sever die ihm zufallende Portion mit allen Lasten übernahm, ihm doch zu beschwerlich fallen müssen, wenn ihre Ausübung sich nicht auf die Fälle beschränkt hätte, wo es keine zur Accretion fähige Erben gab, und die von Gans so flüchtig gelesene Stelle aus dem Fragm. de jure fisci widerspricht dieser Annahme natürlich nicht, da sie blos sagt, der Fiscus werde ausgeschlossen, wenn zu der Zeit, wo etwas caducum wird, Personen vorhanden seyen,

denen es zufallen **kann**, wodurch also die Nothwendigkeit dieser Accretion keineswegs ausgeschlossen ist. Endlich sagt schon **Gajus** in seinem Commentar zur lex Papia und ganz allgemein, die Accretion finde tacite und invito Statt [25]), was freylich bey dem legatarius pater etwas auffallend gewesen wäre. — In wiefern wurde nun der schon vor der lex Papia und später wieder so bedeutende Einfluß der Conjunctionen durch dieses Gesetz modificirt? Die oben citirte Stelle bey **Gaj.** II, 207. zeigt, daß bey der Accretion eine eigentliche successio ordinum eingeführt wurde, da auch wegfallende Legate zuerst an die heredes patres kamen [26]). Diese successio wurde aus Rücksicht auf den in der Conjunction ausgedrückten Willen des Erblassers gestört, da der conjunctus collegatarius, falls er überhaupt, als pater, zur Accretion fähig war, den Erben vorgezogen wurde. Ja die Interpretation des Gesetzes führte später sogar zur Annahme eines Anwachsungs-Rechtes unter conjunctis, wo es bisher nie Statt gefunden hatte, nämlich bey dem legatum damnationis.

Gaj. II, 208. Sed plerisque placuit, quantum ad hoc jus, quod lege Papia conjunctis consti-

---

25) l. 53. §. 1. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2)

26) solche nämlich, die nicht namentlich von einem bestimmten Erben auszuzahlen waren. Diese hätten, wenn sie, wie früher, in die Masse der ganzen Erbschaft zurückgeflossen wären, auch die Quote des orbus vergrößert, und das sollte nicht seyn, wenn ein Legat nicht pro non scripto war.

tuitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.

Sehr unwahrscheinlich ist es daher, daß dieses Vorzugsrecht unter Erben, wo jene successio durchaus **nicht** dadurch gestört wurde, aufgehoben wäre, vielmehr bin ich überzeugt, daß auch hier so wenig, als bey Legaten, wo wir es bestimmt wissen, die Rücksicht auf den Willen des Erblassers in dieser Beziehung durch das im Allgemeinen beabsichtigte praemium liberorum leiden sollte. Dazu kommt noch, daß das Vorzugsrecht der conjuncti schon bey den frühesten in den Pandecten excerpirten Schriftstellern als ganz unzweifelhaft erwähnt wird, eine in vielen andern Punkten sich wiederholende Erscheinung, die rein unerklärlich ist, so lange man annimmt, daß das AnwachsungsRecht, wie wir es aus den Pandecten kennen, und wie es großentheils schon vor der lex Papia bestand, durch dieses Gesetz auch materiell in seinen wesentlichen Theilen aufgehoben oder verändert worden sey.

Das Resultat des Bisherigen ist also, daß nach meiner Ansicht das AnwachsungsRecht durch die lex Papia keine andern Veränderungen erlitt, als welche eine consequente Durchführung der darin verfügten Strafen von selbst mit sich brachte, und die schon bey den Alten sich zuweilen findenden 27), von allen neuern Schrift-

27) z. B. Tac. Annal. III, 27. Papiam Popaeam senior Augustus post Julias rogationes incitandis coelibum poenis au-

stellern wiederholten Klagen über die Bereicherung des Staatsschatzes auf Kosten der Bürger, zeugen nur von der auch sonst aus der Geschichte jenes Gesetzes bekannten Verdorbenheit des Zeitalters, welche solche durch das Gesetz so weit als möglich entfernte Fälle, als die gewöhnlich eintretende Regel erscheinen ließ.

§. 12.
Fernere Schicksale.

Nimmt man wegen Ulp. 17, 2. an, daß unter Caracalla das jus patrum aufhörte, und nun also in der That mit wenigen Ausnahmen der Fiscus das Eintreten der Accretion ausschloß, so entgeht man allen ferneren Schwierigkeiten, jenes ist aber, wie schon bemerkt, unmöglich, weil Ulpian in derselben Schrift das Recht eines pater heres und legatarius als ganz practisch anführt. Nun ist die nächste und einzige sich hierauf beziehende Nachricht, daß unter Constantin größtentheils, und von Honorius und Theodosius vollends ganz die Strafen der lex Papia für coelibes und orbi aufgehoben wurden, so daß nun jeder ohne Unterschied solidi capax war [28]). Wurden sie nun auch bey der Accretion den Uebrigen gleichgestellt und auch hier ganz der Zustand vor der lex Papia wieder

---

gendo aerario sanxerat. Besonders auch Justinian in pr. C. de cad. toll.

28) C. l. 8. tit. pen. C. Th. 8. 16.

hervorgerufen? Diese Auslegung des Gesetzes hätte allerdings sehr nahe gelegen; mit einer solchen Annahme steht aber Justinian's Verordnung de caducis tollendis in räthselhaftem Widerspruch. Offenbar beschreibt Justinian nicht die näheren Bestimmungen der, wie er sagt, größtentheils unpractischen lex Papia, und seine Andeutungen können daher die Glaubwürdigkeit früherer, zuverlässiger Nachrichten nicht verringern, er schildert vielmehr nur den Zustand dieser Verhältnisse zu seiner Zeit, und läßt es ganz unerörtert, wie dieser aus den davon sehr verschiedenen Bestimmungen jenes Gesetzes entstanden war. Es scheint nämlich, daß Constantin die Ausgleichung der coelibes und orbi mit den patres ganz gegen die Tendenz der lex Papia so auffaßte, daß die patres ihren Vorzug in cad. vindicand. verloren, und jetzt mit Uebergehung der beyden ordines der Erben und Legatare, der Fiscus jedes caducum (wozu nun natürlich die Strafen des Cölibats und der Orbität, und seit Justinian auch die des Latinus Junianus nichts mehr beytrugen) und was ihm gleich behandelt wurde, an sich zog. So mußte sich also, was man gewöhnlich, durch Justinian's Ungenauigkeit verleitet, der lex Papia zuschreibt, auf eine uns unbekannte Weise vermuthlich nach Constantin durch ein Gesetz oder eine zwar mögliche, aber höchst sonderbare Auslegung seines oben angeführten Gesetzes gebildet haben, und nur die jetzt sehr bedeutende Begünstigung der Descendenten und Ascendenten des Erblassers hätte sich bis auf Justinian erhalten.

Unabhängig hievon ist noch ein zweytes Räthsel, daß der ganze eigentlich gesetzliche Inhalt von Justinian's Verordnung (die Bestimmung über die vom Tode des Erblassers nun wieder erlaubte Antretung und einen Theil des §. 12. ausgenommen) sich in den fünf Monate vorher promulgirten Pandecten viel vollständiger und mit allen näheren Bestimmungen wieder findet, so daß die Stelle des Codex fast nur wie ein magerer Auszug daraus erscheint. Ist dieß vielleicht so zu erklären, daß Justinian schon bey der Compilation der Pandecten einen Zustand dieses ganzen Verhältnisses berücksichtigt wissen wollte, wie er ihn kurz nachher herbeyzuführen schon damals beabsichtigte, und zu dessen Darstellung allerdings in den Schriften der sämmtlich vor Constantin lebenden Rechtsgelehrten sich das Material reichlich darbot? Ich begnüge mich, auf diese Schwierigkeiten aufmerksam gemacht zu haben, welche hoffentlich keine blos eingebildeten sind, und eile einen weniger unsichern Boden zu betreten.

Vierter Abschnitt.

Darstellung des Anwachsungsrechtes bey der testamentarischen Erbfolge nach dem neuesten Recht.

---

§. 13.

Rechtsgrund, auf welchem das jus accrescendi beruht.

Die Schriftsteller finden den Rechtsgrund, aus welchem beym Wegfallen eines von mehreren Erben das Anwachsungsrecht eintritt, entweder in einer Präsumtion über den wahrscheinlichen Willen des Erblassers, oder in einer auf andern Gründen beruhenden gesetzlichen Bestimmung. Die unhaltbaren Gründe, die man für die erstere Ansicht vorbrachte, sind folgende:

1.) In l. 61. D. de leg. II. (31) wird derjenige, der durch Accretion etwas erlangt, quasi substitutus genannt, und tritt also, wie der Substitut, nur nach dem Willen des Erblassers an die Stelle des Wegfal-

lenden. Aber der Vergleich in jener Stelle bezieht sich nur darauf, daß derjenige, welcher durch Accretion an die Stelle des Wegfallenden tritt, eben so zur Uebernahme der auf dieser Erbportion ruhenden Lasten gehalten seyn müsse, als der Substitut; die Aehnlichkeit liegt also nur in der für beyde Fälle Statt findenden lucrativen Erwerbungsart, nicht in dem Rechtsgrunde, worauf sie beruht.

2.) Die bey der Accretion oft vorkommenden Ausdrücke tacito jure, tacite accrescit bezog man auf den Willen des Erblassers, weil eine dispositio legis nie tacita, sondern immer aperta sey. Jene Ausdrücke sagen aber im Gegentheil nur, daß keine besondere Untersuchung in jedem einzelnen Falle, und kein neues factum des Erben zur Erwerbung der accrescirenden Portion erforderlich sey, wie es in derselben Bedeutung z. B. l. 15. pr. D. de adopt. (1, 7) heißt: „Si paterfamilias adoptatus sit, omnia, quae ejus fuerunt et acquiri possunt, tacito jure ad eum transeunt, qui adoptavit.“

3.) In l. 5. D. de vulg. et pup. (28, 6) wird gesagt: bey Anwendung der Bestimmung des Erblassers „quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto“ sehe man darauf, zu welchem Theile wirklich ein Jeder z. B. auch durch Accretion Erbe geworden sey; da nun diese Vertheilung an die Substituten bloße Willensauslegung sey, so sey es also auch das jus accrescendi, welches der Erblasser in jener Anordnung bestätige. Aber daraus, daß der Erblasser in einem einzelnen Falle

das jus accrescendi bestätigte, würde noch nicht folgen, daß es dadurch erst seine Gültigkeit erlange, vielmehr könnte es auch ohne seine Beziehung darauf vollständig aus andern Gründen eintreten. Uebrigens ist der Entscheidungsgrund in der angeführten Stelle aus Gajus ad leg. Pap. ein ganz anderer, nämlich Anwendung dieses Gesetzes, welches, indem es einigen Erben das Recht in caducis vind. gab, ihnen ohne Zweifel auch ein verhältnißmäßig größeres Recht in andern damit verbundenen Vortheilen, z. B. der Pupillarsubstitution einräumen wollte. —

Für die Ansicht, daß das Anwachsungsrecht auf einem durch andere Gründe veranlaßten Gesetze beruhe [29]), führte man Folgendes an:

1.) Nach dem Edicte de legatis praestandis erhalten personae conjunctae nur die ihnen namentlich hinterlassenen Legate, nicht auch solche, die sie durch ihre Sclaven oder durch das jus accrescendi von ihren Collegataren erhalten würden [30]). Dieß aber, meint man, müßte doch der Fall seyn, wenn es der Wille des Erblassers wäre; also beruhe das jus accr. auch bey Legaten auf dem Gesetz. Allein es heißt in jener Stelle ausdrücklich, daß die personae conjunctae nicht alle die

---

29) s. z. B. Faber de err. Progm. dec. 49. err. 1. Mantica de conject. ult. vol. IV, 11. Goveanus de jure accr. nro. 21.

30) l. 3. §. 3. D. de leg. praest. (37, 5) Sed etsi conjunctim ei fuerit legatum relictum cum eo cui non praestatur, sua tantum portio ei conservabitur.

Legate erhalten, welche sie überhaupt auf irgend eine Art erworben haben würden, sondern nur solche, wodurch der Erblasser sie ehren wollte, indem er sie ihnen namentlich hinterließ [31]), und dazu gehören natürlich diejenigen, die sie durch Accretion erhalten könnten, so wenig als solche, die sie durch ihre Sclaven erwerben würden.

2.) Das jus accr. findet auch bey der querela inoff. test. und der bon. poss. c. tab. Statt, beruht also gewiß nicht auf dem Willen des Erblassers. Dieser Satz ist bey jenen beyden, lediglich aus einem, den Willen des Erblassers vernichtenden Gesetz entstandenen Instituten vollkommen richtig, kann aber natürlich für die testamentarische Erbfolge nichts beweisen.

3.) Aus der oben citirten l. 5. D. de vulg. et pup. suchten auch die Vertheidiger dieser Ansicht einen Beweis herzuleiten, namentlich aus den Worten: si per legem alteram partem alicujus vindicasset. Offenbar ist hiemit die lex Papia gemeint, wie schon aus der Inscription sich ergiebt, und dieses Gesetz hat allerdings das jus accr. bestätigt, nur fragt sichs, ob sie es nicht mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers that, und ob Justinian nicht bey seinen Bestimmungen darüber jene Präsumtion allein berücksichtigte. Oft hat man per legem alteram zusammen construirt und der Cardinal Paleotti soll darunter die tacita voluntas testa-

---

31) l. 3. §. 2. D. eod. nec enim quaerimus cui acquiratur, sed cui honos habitus sit.

toris im Gegensatz der expressa (dem jus institutionis) verstanden haben! Cäsar Costa [32]) verstand darunter irgend eine andere Erwerbsart, wie es z. B. l. 42. D. de m. c. donat. (39, 6) vorkommt!

4.) Das jus accr. finde beym testamentum militis nicht Statt, weil man hier Ausnahmsweise nur seinen Willen berücksichtige. Aber theils tritt es hier im Zweifel allerdings ein [33]), obgleich es heißt voluntas militis pro jure servatur, theils war es beym miles überhaupt Regel, daß man seine testamentarischen Bestimmungen ganz wörtlich auslegte, und auch die sonst durchaus üblichen Präsumtionen hier nicht anwandte. So galt z. B. bey ihm die Regel nicht, daß die Vulgarsubstitution in der pupillaris enthalten sey, und diese war doch gewiß aus keiner andern Rücksicht, als der auf den wahrscheinlichen Willen hervorgegangen.

Es ist nun besonders in neuerer Zeit [34]) gewöhnlich geworden, den wesentlichen Zusammenhang hervor zu heben, der zwischen dem Anwachsungsrecht und dem RechtsSprichwort nemo pro parte testatus etc. Statt findet. Welchen Grund die Römischen Juristen für diese Regel angegeben haben würden, wissen wir nicht, bekanntlich beruft sich Pomponius darauf, daß diese beyden Successionsarten der Natur der Sache nach in-

---

32) var. ambig jur. l. 3. c. 26.

33) l. 1. Cod. de test. mil. (6, 21)

34) Dasselbe thut jedoch schon die Glosse zu l. 67. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2).

compatible seyen; das war freylich ein gründlicher Beweis! die Römer kehrten sich aber nicht daran, sondern ließen Ausnahmen davon zu, namentlich aus Rücksicht auf den Willen des Erblassers, der doch die Gesetze in seinem Testament und die auf die Natur der Sache gegründeten am wenigsten umstoßen konnte [35]). Die verschiedenen Hypothesen über jenen Satz sind hinlänglich bekannt und widerlegt, und ich gestehe, daß ich keine neue mir selbst genügende darüber aufzustellen habe. Sehr treffend und scheinbar ist der Vergleich der testamentarischen Erbfolge mit einem eigenen ordo von denen der Intestaterbfolge, der also erst ganz erschöpft seyn mußte, ehe der folgende gerufen werden konnte; nur muß man sich hüten, dieß für mehr als einen Vergleich zu halten, denn diese Regel nemo pro parte konnte sich in der Praxis nicht einer bloßen Analogie wegen festgesetzt haben zu einer Zeit, wo es im Civilrecht noch gar keine successio ordinum gab und das Prätorische Recht noch in der Entwickelung war [36]). Fällt nun einer von mehreren testamentarischen Erben weg, so kann seine Portion entweder als vacans an den Staat kommen, oder andern Erben accresciren oder an die Intestaterben gelangen. Jede dieser drey Möglichkeiten findet sich theilweise im Römischen Rechte wirk-

---

35) l. 55. D. de leg. I. (30). Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.

36) Zu Cicero's Zeit nämlich, der jene Regel als schon längst vorhanden kennt. De invent. II. 21.

lich, und man sieht daraus, daß ausschließliche Vernunftmäßigkeit oder apodictische Nothwendigkeit nicht der Grund seyn konnte, warum sie die eine oder andere zur Regel erhoben. Wahrscheinlich wurden die Römer zuerst bey der Intestaterbfolge auf solche Fälle aufmerksam, wo von mehreren zugleich zu einer Erbschaft Berufenen einer nicht antreten konnte oder wollte, und es lag sehr nahe, einen Ausweg für solche Fälle in der Erklärung des Satzes proximus agnatus familiam habeto zu suchen, daß die übrigen Erben nun die Erbschaft so theilten, wie es ohne Berücksichtigung des Wegfallenden gleich anfangs geschehen wäre. Die mit der Arrogation in Verbindung stehende ursprüngliche Einfachheit der Testamentarischen Erbfolge führte ähnliche Fälle hier vermuthlich erst später herbey, und hier fand nun die Regel nemo pro parte etc. eine eben so wichtige Anwendung, als da, wo jemand etwa nur über einen Theil seines Vermögens testirt hatte. Auch in Beziehung auf diesen letztern Fall sollte jene Regel nicht bewirken, daß der Erblasser entweder seine ganze Erbschaft den Intestaterben überlassen oder ganz andere Personen zu Nachfolgern in sein ganzes Vermögen ernennen müßte; sie sagt nur: wenn jemand über einen Theil seines Vermögens ein Testament macht, so soll von den beyden hier möglichen Präsumtionen, daß er auf den übrigen Theil entweder auch seine Testamentserben oder seine Intestaterben habe berufen wollen, jene die gültige seyn, weil, wenn er doch einmal ein Testament macht, er darin auch bestimmen kann und soll, was er

etwa seinen Intestaterben zuweisen will. Die bloße Erwähnung, „das Uebrige sollen meine Intestaterben haben" reicht dazu nicht hin, denn einer solchen Bestimmung fehlt es an aller Festigkeit und Genauigkeit, die doch bey Erbeseinsetzungen, zumal in älterer Zeit so nothwendig war; dagegen hindert ihn Niemand, seine Intestaterben oder einige von ihnen hier namentlich aufzuführen und auf gewisse Quoten einzusetzen. Daß jene Präsumtion die gesetzlich giltige ist, beruht also auf einem bloßen Declarativ-Gesetze, vermuthlich in der Absicht gegeben, um als Auslegungsregel auf die meisten Fälle zu passen; in wie fern dieß wirklich der Fall sey, darüber kann man verschiedene Ansichten haben, aber diese durch die Praxis gebildete Regel ist jetzt auch die nächste Grundlage des Anwachsungsrechtes unter Testamentserben und darauf läßt es sich in jedem einzelnen Falle zurückführen [37]. Wäre statt dieser eine andere der oben angeführten drey Möglichkeiten durch ein Gesetz ausdrücklich eingeführt, so hätte darin noch keine Beschränkung der Testamentsfreyheit gelegen, sondern es

---

37) Auf ganz ähnliche Weise beruht die Regel, daß Legataren, die re conjuncti sind, das jus accrescendi zulassen müssen, mixtim conjuncti aber die Wahl haben, zunächst auf einem Gesetz von Justinian, welches er aber in der besten Absicht und mit Anwendung aller psychologischen Kenntnisse aus dem Willen des Erblassers herleitete; nur ist hier der Zweifel gewiß noch viel gegründeter, ob er dadurch wirklich immer die Absicht des Erblassers erreicht.

hätte den Erblasser nur etwa veranlaßt, für seltenere und unwahrscheinliche Fälle besondere Verfügungen im Testamente zu treffen. Die vollkommene Freyheit, über sein Testament zu verfügen, war in den 12 Tafeln ausgesprochen und bestätigt, daneben hätte aber z. B. recht gut der Satz bestehen können, daß das aerarium die deficirende Portion an sich ziehen oder daß sie an die Intestaterben gelangen sollte; wollte dann der Erblasser das letztere verhüten, so konnte er einen oder mehrere Substituten ernennen, oder die eingesetzten Erben sich gegenseitig substituiren, und wünschte er in jenem Falle den Staat auszuschließen, so konnte er durch Substitution eines oder mehrerer Intestaterben auch dieß erreichen. Um so mehr konnte nun bey dem Mangel eines solchen ausdrücklichen Gesetzes der wahrscheinliche Wille des Erblassers berücksichtigt werden, und wenn die Volksansicht und die Ansicht der Rechtsgelehrten über Rechtsanalogie und den Geist der 12 Tafeln (bey der Intestaterbfolge) eine der oben genannten möglichen Entscheidungen zur Regel erhob, so konnte die Begünstigung der Accretion ihren Grund nur darin finden, daß man in ihr für die meisten Fälle eine päßliche Ergänzung des Willens des Erblassers zu finden glaubte, welcher im Testamente nicht alle möglichen Fälle umfaßt hatte. Eine solche feste Regel war aber sehr nöthig und wünschenswerth, weil der Richter allein das Testament eines Verstorbenen gültig auslegen kann, und sowohl Erblasser als Erbe möglichst gegen seine Willkühr geschützt seyn müssen, und sie bildete sich in den Worten

nemo pro parte auch in Beziehung auf diese Fälle zu einem Grundprinzip des ganzen Rechts aus, daher ein Verstoß dagegen als etwas unerhörtes (Cicero) und den obersten Rechtsgrundsätzen zuwider laufendes (Pomponius) erschien [38]. Daß dasjenige, was man wählte, den Volksansichten und dem Geiste der Gesetzgebung angemessen war, dafür zeugt die unveränderliche Dauer dieses Grundsatzes die ganze Rechtsgeschichte hindurch, und die Erzählungen der Alten selbst, wie drückend man das Joch fand, welches die theilweisen Aenderungen der lex Papia auflegten. Das jus accrescendi beruht also jetzt auf einer gesetzlichen Präsumtion, diese äußert aber ihre Wirksamkeit, obgleich sie die Testamentsfreyheit nicht beschränken sollte, darin, indem sie das absolute Verbot ihrer Anwendung im Testamente in so weit ausschließt, daß es nur gültig ist, wenn der Erblasser bestimmt erklärt, welches andere erlaubte Institut er auf einen solchen Fall an die Stelle treten lassen will. Er kann z. B. einige der eingesetzten Erben namentlich von der Accretion ausschließen, woraus dann folgt, daß sie zum Vortheil der Uebrigen allein Statt finden solle, so wie auch, wenn er einige der eingesetz-

---

38) Es war ein eigentliches Rechtssprichwort, wie sich daraus ergiebt, daß diese Regel mehr als zehnmal im Corpus juris von verschiedenen Schriftstellern ganz mit denselben Worten ohne Beziehung auf irgend ein Gesetz, als ein bekannter und unbestrittener Satz angeführt wird.

ten Erben zu Substituten für alle übrigen ernennt; er kann ferner einen oder mehrere seiner Intestaterben namentlich substituiren; geschieht aber nichts von diesem Allem, so tritt die Präsumtion ein, der Erblasser habe durch sein Testament auf jeden Fall die Herrenlosigkeit seines Vermögens ausschließen wollen, und überhaupt die Vertheilung der Erbschaft so angeordnet, nicht um die testamentarischen Erben auf eine bestimmte Summe zu beschränken, sondern in der Absicht, auch für die selteneren und unwahrscheinlichen Fälle die Intestaterben auszuschließen, da er ganz andere Personen zu Erben ernannt hat; und daraus ergiebt sich die Vertheilung einer deficirenden Portion an die Uebrigen nach Verhältniß ihrer Einsetzungsquoten von selbst als die paßlichste Anordnung, wie sie der Erblasser wahrscheinlich selbst getroffen haben würde, wäre jener Wegfallende von Anfang an nicht von ihm berücksichtigt worden. Dieser Satz wird gewöhnlich mit den Worten ausgedrückt: jeder Erbe sey eventuell auf die ganze Erbschaft berufen; er läßt sich aus dem Wesen der Universalsuccession nicht abstrahiren, denn jeder von mehreren Erben ist Universalsuccessor nur auf die ihm bestimmte Quote, und diese kann, wie jede kleinere Erbschaft, bey seinem Wegfallen herrenlos werden oder an die Intestaterben kommen, jene Regel ist aber eine Nebenbestimmung zu dem Recht eines Universalsuccessors, die den Römern eben so geläufig ist und sich in vielen Stellen ausgesprochen findet, wo es heißt, die Accretion geschehe tacite, tacito jure etc.

Auf die durch das Gesetz bestimmte Accretion haben im einzelnen Falle alle Erben ein gleiches Recht, wenn nicht aus den Worten des Erblassers sich ergiebt, daß eine andere Anordnung seinem Willen mehr entspricht. Obgleich er nämlich die Accretion nicht verbieten kann, ohne ausdrücklich etwas Anderes an die Stelle zu setzen, so kann er doch durch die besondere Verbindung, in welche er einige der Erben bey der Einsetzung zu einander bringt, es wahrscheinlich machen, er werde die ihnen zugewiesene Portion nicht den andern Erben, sondern ihnen selbst unverkürzt gelassen haben, wenn etwa einer von ihnen von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre, und fällt dieser erst nach der Testamentserrichtung weg, so wird billiger Weise der Wille des Erblassers in dieser Beziehung erfüllt. Auch über solche Verhältnisse giebt es gesetzliche Auslegungsregeln, die sich ganz paßlich dem Sprachgebrauch anzuschließen suchen, deren Hauptwerth aber darin besteht, daß sie die richterliche Willkühr ausschließen und den Testirer aufmerksam darauf machen, durch welche Ausdrücke er seine Absicht kund geben und erreichen kann. Daß solche Vorzugsrechte einzelner Erben nur auf dem Willen des Erblassers beruhen, ist natürlich; hätte er daher auch Worte gebraucht, denen das Gesetz eine bestimmte Bedeutung beygelegt hat, so genügt es hier an seiner bloßen Protestation, um jene Präsumtion zu entkräften, aus dem Grunde, weil in solchen Fällen auch bey der bloßen Negation sein eigentlicher Wille klar genug ist. Verbietet er z. B. das Vorzugsrecht der conjuncti, so accrescirt eine unter

ihnen wegfallende Portion auch allen übrigen Erben; untersagt er die Accretion unter Collegataren, so fällt das Deficirende an die Erben zurück.

§. 14.

Welche Personen haben das jus accrescendi?

Die Beantwortung dieser Frage folgt in jedem einzelnen Falle aus der hier Statt findenden Regel: portio portioni accrescit [39]), d. h. diejenigen Personen, welche nach gesetzlichen Bestimmungen den Vortheil der Erbschaft erhalten und juristisch als Erben gelten, bekommen auch die Vermehrung ihrer Portion durch Accretion. Außer den Testamentserben selbst erhalten daher

1.) ihre Erben die accrescirende Portion so gut als ob jene selbst noch lebten.

l. 26. §. 1. D. de condit. et dem. (35, 1) Cum eadem res alteri pure, alteri sub conditione

39) Beym Nießbrauch gilt das Gegentheil l. 33. §. 1. De de usufructu (11, 1). Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit, unde si fundi vel fructus portio petatur, et, absolutione secuta, postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur: in lite quidem proprietatis judicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Julianus, quoniam portio, fundi velut alluvio, portioni, personae fructus accresceret.

legatur, aut cum alter pure, alter sub conditione heres scriptus est: pars legati vel hereditatis deficiente conditione accrescit etiam heredi ejus, cui pure legatum vel hereditas data est, si tamen hereditas ejus adita fuerit.

§. 10. C. de cad. toll. quod fuerit quoquo modo evacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiam si jam defuncti sunt, acquiratur [40].

2.) Unter Substituten findet das Anwachsungsrecht eben so wie unter den Erben des ersten Grades Statt; auch hat der Substitut eines Erben dieß Recht so gut, wie es der Erbe selbst gehabt hätte:

l. 59. §. 3. D. de her. inst. (28, 5) Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis accrescit:

---

40) eben so l. 53. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2) l. 9. D. de suis et leg. (38, 16) Ich wünsche hier und noch oft künftig darauf aufmerksam zu machen, daß fast alle in der l. un. C. de cad. toll. kurz zusammen gedrängten Bestimmungen sich in den Pandecten ausführlicher und mehr ins Einzelne gehend wieder finden, um darnach das Verhältniß dieser Constitution zu dem kurz vorher und zu den Zeiten der Rechtsgelehrten geltenden Rechte zu bestimmen.

neque refert, primo loco quis institutus, an alicui substitutus heres sit [41]).

§. 10. C. de cad. toll. In his itaque si quidem coheredes sunt, omnes conjunctim vel omnes disjunctim, et vel instituti vel substituti: hoc, quod fuerit quoquo modo evacuatum, aliis coheredibus .... acquiratur.

3.) Herr und Hausvater eines Sclaven oder filius fam., die durch ihn Erben geworden sind, erhalten auch die accrescirende Portion:

l. 29. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2) Placet, quoties acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cujus quis in potestate est, confestim acquiri ei, cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur et sic acquiri ei, cui acquiritur.

und unter mehreren Eigenthümern eines servus communis findet das jus accr. wie unter andern Erben Statt:

l. 67. D. eod. Servus communis ab extero heres institutus, si jussu unius adierit hereditatem, non pro majore parte interim heredem eum facit, quam pro dominica, deinde, caeteris sociis non jubentibus, tacito jure partes ei adcrescunt.

---

41) eben so l. 39. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6)

4.) Universalfideicommissare haben unter sich dieß Recht dann, wenn der Fiduciar gezwungen antritt:

l. 16. §. 4. D. ad Sct. Treb. (36, 1) Si quis heres institutus rogatus fuerit, hereditatem non totam sed partem restituere, vel si duobus restituere sit rogatus, et alter ex his velit restitui sibi hereditatem, alter recuset: Senatus censuit utroque casu exonerari eum, qui suspectam hereditatem dicit, totamque hereditatem transire ad eum, qui coëgit.

sonst eben so wie Legatare nur dann, wenn sie conjuncti sind:

l. 5. §. 1. l. 6. 7. pr. D. de reb. dub. (34, 5) Si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit, vel ex parte te et ex parte postumum heredem instituisset legatumve similiter vel fideicommissum dedisset; utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non sit, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto [42]).

5.) Notherben klagen, wenn sie im Testamente übergangen sind, auf ihren Intestaterbtheil und daraus

42) es ist also unrichtig, wenn Goveanus de jure accr. nr. 22. behauptet, unter Fideicommissaren finde das jus accr. nur Statt, wenn sie invicem substituti seyen.

folgt schon, daß sie durch Accretion auch die ganze Erbschaft erhalten können, es ist also unrichtig, wenn man sagt: daß zwischen solchen, die diverso jure succedunt kein jus accr. sey. In l. 6. pr. D. de bon. poss. (37, 1) [43]), welche zu jener Regel Veranlassung gab, ist der Fall dieser: Ein im Testamente übergangener Patron hat eine bon. poss. c. tab. auf die Hälfte des Nachlasses, in die andere Hälfte theilen sich die testamentarischen Erben nach dem vom Erblasser bestimmten Verhältniß, so daß der Nachlaß als aus zwei verschiedenen Erbschaften bestehend betrachtet wird, in welche nach ganz verschiedenen Normen theils sec. tab. theils c. tab. succedirt wird. Daß die im Testamente genannten Erben Alles bekommen, wenn der Patron von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, versteht sich von selbst (es accrescirt ihnen aber, weil die ursprüngliche Delation nur auf die Hälfte des Nachlasses gehen kann). Der Patron hingegen hätte nach der Auslegung jenes Edicts nie mehr, als die Hälfte der Erbschaft bekommen können, als das gesetzlich bestimmte maximum. Wollten daher die Testamentserben nichts von der Erbschaft, so bestimmte

---

43) „Sed cum patrono quidem contra tabulas certae partis bonorum possessionem Prator polliceatur, scripto autem heredi sec. tab. alterius portio, convenit non esse jus accr. igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur: cum caeteri, quibus adcrescendi jus est, semel debent agnoscere bon. poss.“

ihm für diesen Fall der Prätor namentlich auch die andere Hälfte, die er nun besonders agnosciren mußte, und zwar bekam er diese als Intestaterbe. Die Stelle enthält also nur den bekannten Satz, daß jemand, der vom Gesetz auf ein bestimmtes maximum beschränkt ist, auch durch Accretion aus diesem Rechtsgrunde nicht mehr bekommen kann, wohl aber, wenn er auf das Uebrige noch aus einem andern Grunde berechtigt ist.

6.) Ob der Käufer und Fideicommissar oder der Verkäufer und Fiduciar einer Erbschaftsquote den Vortheil von einer accrescirenden Portion haben, ist zweifelhaft und bestritten. Auf die erste Frage näher einzugehen, ist hier nicht der Ort, denn die Gründe für beyde Ansichten sind bekannt, und oft weitläufig genug entwickelt, und ich wüßte sie nicht durch neue zu vermehren; mir scheint, daß in jedem einzelnen Falle die Absicht der Partheien die einzige Entscheidungsnorm bilden kann, und daß, wo diese nicht zu erkennen ist, die Anwendung der l. 2. D. de her. vel act. vend. (18, 4), die dem Verkäufer die Pflicht aufzuerlegen scheint, alles zu restituiren „quod ad eum perveniet" immer ein Gegengewicht in der wahrscheinlichen Präsumtion finden wird, daß ein bestimmter Kaufpreis nicht mit Rücksicht auf einen, dann seiner Größe nach so höchst unbestimmten, und von ganz zufälligen Umständen abhängigen Gegenstand festgesetzt seyn werde. — Die zweyte Frage, ob der Fiduciar oder Fideicommissar die accrescirende Portion erhalte, muß aus zwey Stellen beantwortet werden, wo es zweifelhaft ist, ob man das argumentum a

contrario oder eine ausdehnende Auslegung anzuwenden habe, nämlich:

l. 83. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2). Si totam an partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere: apparet nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere.

l. 43. D. ad Sct. Treb. (36, 1). Papinianus tractat: si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem et eam suspectam dicens compulsus adit, deinde fideicommissarius ignarus sit adcrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi, an opus sit ei alio actione? et ait securum esse eum posse: de illo plane solo quaerendum ait, an ei opus sit alia restitutione, postea quam portio adcrevit?

Die Lesart beyder Stellen ist angefochten; Haloander liest in l. 83.: „si totam hereditatem aut partem ex qua etc." Bynkershök liest: si totam partem, indem er das an für eine Wiederholung aus totam hält. Die Richtigkeit der Florentina beweißt gegen Bynkershök l. 29. D. de statu lib. (40, 7) wo dasselbe an oder am für eam vorkommt, ohne daß (hinter caeteris) diese Annahme möglich wäre. Die Haloander'sche Lesart ist offenbar daraus entstanden, daß man an und aut für gleichbedeutend hielt und hereditatem ist hineingeflickt, da er selbst dabey bemerkt: „alias deest". Aus Ulpians Feder wenigstens ist die-

ser Unsinn gewiß nicht geflossen, denn wenn ein heres ex asse die ganze Erbschaft restituiren soll, so kann ihm nachher nichts mehr accresciren. — In l. 43. liest Cujacius[44]: „deinde fideicommissarius gnarus sit" und nachher „alia aditione"; Faber[45]: „alia coactione". Der Fideicommissar hat nämlich, um den Fiduciar zur Antretung zu zwingen, keine eigentliche actio, sondern kann nur ein decretum Praetoris ansprechen[46]. Doch könnte freylich actio auch in einem weitern Sinn für jedes Rechtsmittel stehen und statt der sonderbaren Phrase „deinde gnarus sit" wäre das alte gnarunt noch besser; eine solche Veränderung scheint aber auch nöthig, denn den Fiduciar mit der actio judicati zur Restitution der accrescirten Portion zu zwingen, oder sich nach einem andern Rechtsmittel dafür umzusehen, das konnte dem Fideicommissar in der That nur einfallen, wenn er erfahren hatte, daß seine Portion sich durch Accretion vermehrt hatte, aber nicht, so lange er noch ganz ignarus war. — Den nächsten Entscheidungsgrund für unsere Frage geben ohne Zweifel die Worte des Erblassers, in denen man Aufschluß darüber zu suchen hat, ob der Fiduciar überall nur als Mittelperson gebraucht wurde, oder deßwegen, damit er, wenn er auch alles restituiren soll, doch durch die etwaigen Vermehrungen der zu restitui-

---

44) observ. 12, 12.

45) de err. Pragm. dec. 50. err. 4.

46) l. 6. l. 65. §. 2. l. 67. D. ad Sct. Treb.

renden Erbportion belohnt werde. Dieß letztere, ist, wie ich glaube, im Zweifel immer anzunehmen. Der Fiduciar bleibt ja juristisch immer Erbe, so lange er nur einen Theil seiner Erbportion restituiren soll, mag dieser auch noch so groß seyn, also gewiß auch dann, wenn er das Ganze ihm anfänglich Deferirte umfaßt. Nun ist es zwar Regel portio portioni accrescit, aber diese bedeutet nur, daß derjenige, welcher juristisch als Erbe gilt, und als solcher allein die Erbschaft erwerben konnte, auch die accrescirende Portion erhält, also z. B. der Eigenthümer eines zum Erben eingesetzten, auch nachher freygelassenen Sclaven. Diesem Sclaven nun ist auch jeder zu vergleichen, der nach einem Gesetz ausnahmsweise durchaus keinen Vortheil aus der Antretung einer Erbschaft haben soll; also derjenige, welcher ein fideicommissum tacitum restituiren wollte und zur Strafe die ganze Erbschaft verliert, weil dieser nämlich gar nicht mehr als Erbe gelten soll [47]), und diesem ganz ähnlich ist der Fall, wenn jemand gezwungen antritt, da auch dieser allen Vortheil aus der Erbschaft ver-

---

46) quia rem non videtur habere. Dieß bedeutet überhaupt irgend einen Anspruch auf das Vermögen eines Verstorbenen haben, und kommt in dieser Bedeutung sehr oft vor z. B. l. 84. D. ad Sct. Treb. (36, 1), l. 16. pr. D. de leg. praest. (37, 5), l. 5. §. 1. D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), l. 1. §. 8. l. 8. si tab. test. null. (38, 6) l. 2. §. 8. ad Sct. Tert. (38, 17) ebenso rem obtinere l. 12. pr. de injusto rupto (28, 3).

liert [48]). In jedem andern Falle war es gerade umgekehrt die gesetzliche Ansicht, den Fiduciar als Erben zu betrachten, ihm accrescirte also eigentlich immer, und ohne bestimmte Willensäußerung des Erblassers brauchte er auch hiervon nichts zu restituiren. Dieß scheint mir auch ganz natürlich daraus zu folgen, daß die beyden angeführten Stellen gerade von jenen singularen Fällen reden, gewiß nicht wie von einem zufällig gewählten Beyspiele, sondern weil hier die besondern Gründe eine der gewöhnlichen entgegengesetzte Entscheidung, und ein Aussprechen dieser Folge aus den darauf anwendbaren Gesetzen nothwendig machten [49]).

§. 15.

Einfluß des Willens der Erben.

Die Erben müssen sich die Vermehrung ihrer Portionen durch Accretion gefallen lassen und können sich dieselbe nicht verbitten. Jede Delation einer Erbschaftsquote giebt nämlich das eventuelle Recht auf alle übri-

---

48) l. 16. §. 4. l. 27. §. 2. et 14. l. 55. D. ad Sct. Treb. (36, 1) l. 34. D. de cond. indeb. (12, 6).

49) Derselben Meinung sind z. B. Cujac. obs. 12, 12. Faber de err. Pragm. dec. 50. err. 4. Das Gegentheil behaupten bekanntlich Viele, z. B. Donell Comm. 7, 12. Malblanc Princ. §. 766. Thibaut System §. 775.

gen, und die Aussicht, bey dem Wegfallen der Miterben in alle Rechtsverhältnisse des Erblassers nicht nur pro parte einzutreten, sondern Universalerbe im neuern Sinn des Wortes zu werden ist ein integrirender Theil des anfänglich deferirten Rechts auf eine gewisse Quote. Aus dieser Rücksicht kann z. B. Niemand die deferirte Erbschaft zum Theil annehmen und zum Theil ausschlagen [50]; dieß ist selbst dann unmöglich, wenn jemand auf mehrere getrennte Portionen etwa an ganz verschiedenen Stellen im Testamente eingesetzt ist [51], und diesem Fall ist der ganz analog, wo jemandem nach dem Wegfallen eines andern Erben noch eine Portion deferirt wird, daher nennt es Justinian absurdum partem hereditatis agnoscere, partem vero respuere [52]. Das jus accr. tritt also auch gegen den Willen und ohne das Wissen des Erben ein, mag er seine anfängliche Portion schon erworben haben oder nicht.

l. 31. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2) Heredi cum postumo instituto reliquae partes adcrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit non esse praegnantem, licet heres ignoret.

l. 53. §. 1. eod. Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium partes etiam in-

---

50) l. 1. 2. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2)

51) l. 52. §. 1. l. 80. pr. D. eod. l. 20. C. de jure delib. (6, 30)

52) §. 10. C. de cad. toll.

vitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt [53].

Eine natürliche Folge davon ist, daß die accrescirende Portion vom Erben nicht besonders angetreten und vom bonorum possessor nicht von neuem agnoscirt zu werden braucht.

l. 2. §. 8. D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11) Si duo sint heredes instituti, Primus et Secundus, Secundo Tertius substitutus: omittente Secundo bonorum possessionem, Tertius succedit: quodsi tertius noluerit hereditatem adire vel bonorum possessionem accipere, recidit bon. poss. ad Primum, nec erit ei necesse, petere bonorum possessionem, sed ipso jure ei adcrescet: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et bon. poss. adcrescit.

l. 6. pr. D. de bon. poss. (37, 1) ... cum caeteri, quibus adcrescendi jus est, semel debent agnoscere bon. possessionem. §. 10. C. de cad. toll. .... et hoc nolentibus ipso jure adcrescat, si suas portiones jam agnoverint ... secundum quod in divini nostri numinis decisionibus statutum est.

Eine zweifelhafte Frage ist es, in wie ferne es Ausnahmen von dieser Regel gebe. Als solche werden folgende aufgeführt:

---

53) Dasselbe sagen l. 35. pr. l. 38. l. 76. pr. eod.

Ein Herr, der durch seinen Sclaven Erbe geworden ist, soll [54]) das Recht haben, eine accrescirende Portion auszuschlagen, wegen l. 8. §. 2. 3. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2) Aber in diesem Falle, wo der Sclave auf eine Quote pure, auf eine andere bedingt instituirt war, konnte eine vorläufige Erklärung des Herrn, daß er die bedingte Portion auch annehmen wolle, gar nicht gelten, denn es hieng noch von andern Umständen ab, ob ihm jene Portion überhaupt deferirt werden würde. War nämlich der Sclave vorher aus seiner Gewalt getreten, so bekam dieser nun die bedingte Portion. Daher konnte der Herr sich erst dann über die Annahme derselben gültig erklären, wenn der Sclave beym Eintritt der Bedingung sich noch in seiner Gewalt befand. Auf die accrescirende Portion läßt sich dieß natürlich nicht ausdehnen, bey ihr kam es gar nicht darauf an, ob der Sclave freygelassen war oder nicht, der Herr bekam diese Vermehrung der ursprünglichen, ihm nach dem Gesetz zugefallenen Portion auf jeden Fall, er brauchte sie nicht besonders anzutreten und konnte sie auch nicht ausschlagen.

2.) Justinian bestimmte [55]), daß die Erben die ihnen vom Testirer auferlegten Legate und Fideicommisse innerhalb eines Jahres auszahlen sollen, versäumen sie

---

54) wie Duaren de jure accrescendi l. 2. c. 1. und der ihn durchaus abschreibende Delarive Diss. de jure accr. cap. 5. meint.

55) in Nov. 1. cap. 3.

diese Frist, so wird ihnen ihr Erbtheil (den Notherben so weit er den Pflichttheil übersteigt) entzogen und accrescirt den Miterben [56]) (sind keine solche vorhanden, so haben die Legatare und zuletzt die Intestaterben ein Recht auf jene Portion). Hier meynen Viele [57]), das jus accr. sey freywillig und könne auch ausgeschlagen werden, weil es ein beneficium sey, welches man nach l. 29. C. de pact. immer ablehnen könne. Schwerlich wird aber das, was für einen ungehorsamen Erben zuweilen als Strafe erscheint, dadurch für andere in jedem Fall ein beneficium; der Grund, warum ein Erbe sich der Gefahr aussetzt, seinen ganzen Erbtheil wieder zu verlieren, wird gewöhnlich darin liegen, daß derselbe mit Legaten und Fideicommissen so sehr beschwert ist, daß der reine Gewinn zu unbedeutend im Verhältniß zu der damit verbundenen Mühe ausfallen würde, und da die Legatare und Intestaterben, von denen es nur heißt, „licentia eis praebeatur adire" wohl eben so denken möchten, so würde in den meisten Fällen die Erbschaft pro parte destitut werden. Eine solche Ausnahme von den Grundsätzen der Accretion, deren Anwendung schon in den oben angeführten Worten geboten zu seyn scheint,

---

56) Et si quidem etiam alii scripti sunt heredes, accrescere illis secundum partem institutionis, quae unicuique distributa est.

57) z. B. Duaren ll. Papillon de jure accr. p. 784. Cujac. in ex pos. Nov.; Sc. Gentilis de jure accr. c. 12. Stryk succ. ab int. D. 1. c. 1. §. 41.

dürfen wir hier um so weniger annehmen, da das Gesetz die Delation an Legatare und andere Personen nur dann für zulässig erklärt „si nullus alter sit heres, aut sint quidem scripti quidam, non autem adeant hereditatem [58]),“ nur in diesem Falle also, wenn die andern im Testamente genannten Erben ihre eigene Portion ausgeschlagen hatten, sollten und konnten sie natürlich auch durch Accretion nichts mehr erhalten.

3.) Wenn ein suus neben einem andern suus oder extraneus zum Erben eingesetzt ist, und sich abstinirt, so hat sein Miterbe die Wahl, entweder die accrescirende Portion auch anzunehmen oder sich von der ganzen Erbschaft loszusagen.

l. 55. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2) Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo sive extraneo defertur, ut aut totam agnoscat aut a tota recedat: et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat: si tamen creditores dicant, se contentos esse ejus portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut ejus actiones ei, qui convenitur, dentur.

Das jus abstinendi wird also hier beyden gemeinschaftlich, auch der extraneus, der es sonst nicht hat,

---

58) ἐι δε μηδεις ἀλλος ἐιη κληρονομος ἠ τυχοιεν μεν γεγραμμενοι τινες, μὴ προσιοιεν δε τῳ κληρῳ.

kann sich jetzt noch propter alium von der Erbschaft frey machen [59]), wo sie dann den Gläubigern zufällt; die accrescirende Portion allein kann er aber nicht ausschlagen, und in dieser Alternative ist die Unvermeidlichkeit der Accretion am bestimmtesten anerkannt. Wenn aber die Gläubiger, denen die Portion des Abstinirenden vielleicht nicht so verdächtig vorkommt, den Erben erklären, daß sie sich mit dieser Portion begnügen wollen, und vielleicht eine Vermischung mit seiner eigenen nicht für rathsam halten, so ist ein solcher Vertrag ganz erlaubt; der Erbe bleibt aber dann juristisch Erbe auch in Beziehung auf die accrescirende Portion; die ganze Erbschaft kann er nun nicht abtreten (non potest exonerari), weil ihm nicht defertur conditio; den accrescirenden Theil allein kann er aber auch nicht abtreten, also dürfen sich die Gläubiger desselben nicht bemächtigen [60]), sondern die damit verbundenen Klagen erhält der Erbe und muß auch ordentlich belangt werden, es wird also nicht, wie l. 61. eod. bonorum possessio creditoribus datur, er kann aber jenes Vertrags wegen nicht auf mehr belangt werden, als so weit die accrescirende Portion reicht, mit welcher es jene Gläubiger nur allein zu

---

59) eben so l. 79. D. ad Sct. Treb. (36, 1)

60) sonst können sie allerdings Immission in die nicht angetretene Portion verlangen l. 70. §. 1. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2) l. 8. D. quibus ex causis in poss. (42, 4)

thun haben. — Manche [61]) verstehen diese Stelle so: die Gläubiger können erklären, sie wollen mit der Portion, die der Erbe schon früher angetreten hat, sich begnügen, dann könne er sich nicht mehr abstiniren und erhalte nun den accrescirenden Theil sine onere. Zu dieser Erklärung würden die Gläubiger wohl immer bereit seyn, wenn jene ursprüngliche Portion die größere und etwa nicht so beschwert ist, wie die accrescirende; aber für den Erben würde sich dadurch das beneficium, was in jenem Gesetz ohne Zweifel enthalten seyn soll, in einen Nachtheil verwandeln. Andere [62]) meynen wegen dieser Stelle, daß überhaupt jeder Erbe, der schon angetreten hat, um eine nachher eintretende Accretion zu vermeiden, das Recht habe, seine Portion wieder zu repudiiren. Mir scheint der Grund jener Entscheidung, als ganz singulär keine Ausdehnung zuzulassen, nämlich darin zu liegen, daß jemand, der neben einem suus heres eingesetzt ist, dessen Antretung auch aus Vorsicht nicht abzuwarten braucht, weil er in der Regel das Wegfallen des suus nicht zu besorgen hat, daher er nicht darunter leiden soll, wenn dieß Ausnahmsweise doch ein-

61) z. B. Faber de err. Pragm. dec. 50. err. 8. Gentilis de jure accr. c. 12. Mit mir stimmen überein z. B. Donell. comm. 7, 12. Voet. ad h. t. §. 39.

62) z. B. der Glossator Joannes und in neuerer Zeit Hofacker princ. §. 1464. Malblanc princip. §. 724.

tritt [63]. Daß dieß der wahre Grund jener Begünstigung ist, folgt daraus, daß selbst ein suus, der sich immiscirt hatte, ohne sich darum zu bekümmern, ob ein neben ihm eingesetzter suus sich vielleicht schon jetzt abstinirt habe, nun jenes Privilegium nicht haben, sondern zur Annahme der ganzen Erbschaft gezwungen seyn soll; „qui enim scit aut scire potuit, illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur [64].“

4.) Wenn ein Minderjähriger sich gegen die Antretung restituiren läßt, so soll die Accretion nur mit dem Willen der Miterben Statt finden:

> l. 61. D. de acq. vel omitt. her. „Si minor annis, posteaquam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est: Divus Severus constituit, ut ejus partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur.“

Man meint zuweilen, es sey hier zu suppliren, daß, wenn die Gläubiger sich nicht mit jener Portion begnügen wollen, ihm auch nur jene Alternative zu stellen sey; davon steht aber in der Stelle nichts, und dieß ist also wohl eine wahre, aber auch die einzige Ausnahme von der obigen Regel.

---

63) Seine Erben haben, wenn der suus sich erst nach dem Tode seines Miterben abstinirt, dieselbe Wahl. l. 56. D. de acq. vel omitt. her.

64) l. 38. D. de acq. vel omitt. her.

§. 16.

Ueber die Lasten der accrescirenden Portion.

Wenn eine Last nur im Allgemeinen auf die Portion, als auf eine Quote der Erbschaft mit vertheilt war, so konnte wohl nie ein Zweifel darüber seyn, daß sie auch mit accrescirte. War sie dagegen dem deficirenden Erben namentlich aufgelegt, so hielt man sie für unzertrennlich von seiner Person, nicht von seiner Portion, daher sie nach älterem Rechte nicht mit accrescirte.

l. 29. §. 1. 2. D. de leg. II. (31) Quod alicujus heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille extitisset heres. Si filio heredi pars ejus, a quo nominatim legatum est, adcrescit, non praestabit legatum, quod jure antiquo capit [65]).

---

65) Daß diese Stelle aus Celsus Dig. das ältere, seit Severus geänderte Recht enthält, leidet keinen Zweifel. So sahen es auch Azo und Accursius an. Andere Glossatoren, welche dieses Verhältniß nicht beachteten, suchten den Widerspruch mit andern Stellen dadurch zu heben, daß sie dieß für einen Fall des pro non scripto hielten, wo auch später die Lasten wegfielen, in andern Fällen, meinten sie, würde das Fideicommiß gültig geblieben seyn. Rogerius meinte, es müsse hier von einer

Später wurde die Analogie eines Rescripts von Severus und Caracalla, daß die dem Erben auferlegten Lasten auch auf seinen Substituten übergehen sollten, auf den Miterben angewandt, der die deficirende Portion in dieser Beziehung quasi substitutus erhielt.

> l. 61. §. 1. D. eod. Julianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem ejus non esse cogendum fideicommissa praestare: portionem enim ad coheredem sine onere pertinere: sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur: et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.

Daher sagt Paulus allgemein, daß die Lasten jeder Art pro rata mit accresciren.

> l. 49. §. 4. eod. Si testator dari quid jussisset aut opus fieri aut munus dari, pro portione sua eos praestare, quibus pars hereditatis adcresceret, aeque atque caetera legata, placet.

Jenes Rescript wurde aber bey den Substituten so interpretirt, daß es nur in obscura voluntate eintreten sollte und Ulpian führt [66]) mehrere Beyspiele an, wo

---

oblig. faciendi die Rede seyn, die von keinem andern erfüllt werden könne, er wurde aber schon von Accursius durch das dari voluisset widerlegt.:

66) in l. 74. D. de leg. I. (30)

die Regel des Rescripts durch eine stärkere Präsumtion überwogen werde, von welcher sich wenigstens das auch auf die Accretion beziehen lassen wird, daß die Last nicht auf die Miterben übergeht, wenn sie dem ersten Erben erweislich nur mit Rücksicht auf seine persönlichen, nur bey ihm Statt findenden, Verhältnisse auferlegt war. Die Regel, daß eine Portion cum onere accrescire, konnte aber überhaupt nur dann eintreten, wenn die darauf gelegten Lasten gültig waren, also nicht wenn die deficirende Portion selbst oder das Legat von Anfang an ungültig, pro non scripto war.

§. 3. C. de cad. toll. ... „nullo gravamine (nisi perraro) in hoc pro non scripto superveniente.“

Davon gab es nur zwey Ausnahmen: das auf eine wegen des Sct. Libonianum ungültige Erbportion gelegte Fideicommiß sollte auch von denjenigen erfüllt werden, an welche diese Portion kam.

l. fin. D. de his quae pro non scr. (34, 8) Quod quis sibi adscripserit, si alii restituere a testatore jussus est cum onere fideicommissum, id apud heredem remanet quamvis pro non scripto esset.

l. 14. in fin. D. de lege Corn. de fals. (48, 10) Atquin cum is, qui sibi jussu testatoris legatum adscripsit, etiamsi fidei suae similiter jubente testatore commisisset, ut id alii restitueret: Senatus jussit eum nihilominus legato

abstinere, idque apud heredem remanere cum onere fideicommissi.

und wenn das Fideicommiß in der Auflage einer Freylassung bestand, so sollte diese auch dann in jedem Falle gültig seyn, wenn die Erbportion pro non scripto Andern accrescirte, wegen der besondern Begünstigung der Freylassungen.

l. 17. eod. Cum quidam sua manu servum sibi legatum scripsisset, et eum manumittere rogatus esset: senatus censuit ab omnibus heredibus eum manumittendum.

l. 26. §. 6. D. de fideicomm. libert. (40, 5) Si pro non scripto habitus sit servus alicui legatus, cui servo per fideicommissum libertas adscripta est: quaestionis est, num fideicommissa libertas debeat intercidere? et an, si servus petat fideicommissam libertatem ab eo, penes quem remansisset, pro non scripto habito legato, quod erat relictum ei, qui eum rogatus fuerat manumittere; vel si ipse servus, ut supradictum est, fuit legatus, an libertas non debeat intercidere? Et putem debere dici fideicommissam libertatem salvam esse, licet ad eum nihil pervenerit, qui eum rogatus erat manumittere. Cogitur igitur libertatem praestare is, ad quem pervenit legatum: quia libertas fideicommissa nullum impedimentum pati debet.

Ueberhaupt aber zeigte sich schon im ältern Rechte das Bestreben, die Legate dem Willen des Testirers gemäß so viel als möglich aufrecht zu erhalten. So sollten die Legate, wenn sie auch in der Person des damit beschwerten Erben ungültig waren, weil sie ihn zu sehr gravirt hätten, doch aufrecht erhalten werden, wenn diese Erbportion durch Accretion an Andere gelangte, bey denen jene Rücksicht nicht Statt fand.

l. 28. D. de leg. II. (31) Cum patronus ex debita parte institutus fideicommissum relictum ab eo praestare non cogitur: si omiserit institutionem, qui eam partem vindicant, utrum eodem modo retinere an vero praestare debeant fideicommissum? et magis est deberi fideicommissum: quoniam quod illius personae praestaretur, hoc nequaquam ad alium pertinere deberet.

Hatte dagegen der ursprüngliche Erbe das Recht verloren, die gesetzlichen Abzüge an den Legaten zu machen, so konnten sich auch diejenigen desselben nicht bedienen, denen seine Portion nachher accrescirte [67]. Justi-

---

67) l. 4. C. ad Sct. Treb. (6, 49) Die Glosse supponirt hier eine Substitution zwischen Großmutter und Enkel, weil sich die Kaiser auf das Rescript von Sever berufen: allein davon steht in der Stelle nichts, obgleich das ganze Verhältniß erzählt wird, und man braucht es auch nicht anzunehmen, da jenes Rescript nur als die Quelle erwähnt wird, woraus das Uebergehen der Lasten auch bey der Accretion schon längst durch

nian hat auch diese Sätze mit ausdrücklicher Beziehung auf seine Rechtssammlung bestätigt [68]). Jede mit einer wegfallenden Portion verbundene Auflage soll von den Miterben erfüllt werden, wenn sie nicht in solchen Anordnungen besteht, wobey die persönlichen Verhältnisse des deficirenden Erben allein berücksichtigt wurden. Neu ist bekanntlich nur die von Justinian eingeführte Unterscheidung, daß bey legatariis disjunctis die Accretion nothwendig und sine onere, bey conjunctis nur freywillig, aber cum onere geschieht.

§. 17.

Verhältniß zur Substitution [69]) und Transmission.

Die Substitution verhält sich zur Accretion, wie die Ausnahme zur Regel; fällt jene weg oder war sie

---

die Praxis aufgekommen war. Jene Annahme veranlaßte die Glossatoren vorauszusetzen, daß auch der Substitut gezwungen angetreten habe. Sed hoc est divinare, sagt schon Accursius. — Die Regel, daß cum onere accrescirt, findet auch bey Legaten Statt l. 54. §. 1. D. de cond. et dem. (35, 1) und eine ähnliche Bestimmung ist, daß, wenn ein Legat bey dem Erben bleibt, dieser die darauf ruhende Last erfüllen muß. l. 29. pr. D. de leg. II. (31)

68) §. 9. C. de cad. toll. Die Stelle in Ulpian's Schriften, worauf er sich beruft, ist vielleicht dieselbe, von welcher wir ein Bruchstück in l. 74. D. de leg. I. (30) haben.

69) Justinian erzählt in pr. C. de cad. toll. die Testirer hätten die Substitution eingeführt, um die lex Papia zu um-

von Anfang nicht vorhanden, so tritt diese ein. Beyde Institute wirken subsidiär in dem Falle, wo die ursprünglichen Erben nicht zur Erwerbung der Erbschaft gelangen, der Erblasser kann durch Ernennung eines zweiten directen Erben für diesen Fall das Anwachsungsrecht ausschließen, und das ganze Verhältniß bestimmt sich durch die Beantwortung der Auslegungs-Frage, in wie weit er im einzelnen Falle das Eintreten der Accretion vermeiden wollte. Ist also einem von mehreren Erben auf den Fall, daß er die Erbschaft nicht haben könne oder wolle, ein Substitut ernannt, so schließt der letztere das sonst ipso jure entretende jus accr. aus [70]. Dieß ist selbst dann der Fall, wenn die Substitution nicht in den gewöhnlichen Worten angeordnet ist, son-

---

gehen; das ist aber nicht so zu verstehen, als ob die Substitution früher gar nicht üblich gewesen wäre, sie entstand vielmehr aus der in den 12 Tafeln ausgesprochenen Testamentsfreyheit von selbst. Cic. pro Cluent. cap. 11. l. 39. D. de poenis (48, 19). Appian. de bello civ. II, 143. sagt an der Stelle, wo er erwähnt, Cäsar habe auf den Fall, daß Octavian nicht sein Erbe würde, Substituten in seinem Testamente ernannt: ἔθος γαρ ἦν Ῥωμαιοις παραγραφειν τους κληρονομους ἑτερους, ει μη κληρονομοιεν οἱ πρωτεροι. Daß auch die substitutio pupillaris älter war, zeigt die causa Curiana. Cic. pro Caecinna c. 18. Top. c. 10. Justinian wollte also nur sagen: die Substitutionen, besonders die reciprocae, seyen jetzt besonders häufig angewandt, um die Caducität zu umgehen.

70) Paul. sent. IV, 8. 26. — §. 3. 4. 7. C. de cad. toll. Nov. I. c. 1. §. 3.

dern nur aus dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers geschlossen wird [71]). Der Substitut tritt aber nicht ipso jure in die Portion des wegfallenden Erben ein, vielmehr muß ihm diese gehörig deferirt und von ihm angetreten seyn.

l. 9. D. de suis et leg. (38, 16). Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio: et licet decesserint, antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam si decrescerit, heredem ejus sequitur.

und darin besteht der hauptsächliche Unterschied der Substitution von der Accretion, daß jene nur ein an die Person des Substituten gebundenes und mit ihr erlöschendes Recht, die Accretion dagegen eine Modification oder Zugabe des Rechts auf die Erbportion selbst ist, und auf jeden Eigenthümer derselben übergeht. Das jus accr. wird daher nur so weit durch die Substitution ausgeschlossen, als diese in der Person des Substituten wirklich eintritt. Ist dem institutus nur für einen Theil seiner Erbportion ein Substitut gegeben, so geht es mit dem übrigen Theile ganz nach den Grundsätzen der Accretion, und erwirbt der Substitut seine Portion nicht, wegen Nichtwollen oder Nichtkönnen, so tritt die Ac-

---

71) l. fin. C. de her. instit. (6, 24)

cretion so vollständig ein, als ob jener nie da gewesen wäre, d. h. ipso jure und auch bey der bon. possessio ohne besondere Agnition der accrescirenden Portion.

l. 2. §. 8. D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

Si duo sint heredes instituti, Primus et Secundus; Secundo Tertius substitutus: omittente Secundo bon. possessionem Tertius succedit, quodsi Tertius noluerit hereditatem adire vel bon. possessionem accipere, recidit bon. possessio ad Primum, nec erit ei necesse petere bon. possessionem sed ipso jure ei accrescet.

Sind für einen Erben mehrere Substituten ernannt, so findet unter diesen das jus accr. volle Anwendung, falls einer von ihnen wegfallen sollte. Ist dagegen einer in plurium locum substituirt, so kann der Wille des Erblassers zweifelhaft seyn, ob er gleich die Portion jedes einzelnen wegfallenden Erben erhalten oder erst dann eintreten soll, wenn alle diejenigen, denen er substituirt ist, weggefallen sind. Die bey der Anordnung der Substitution gebrauchten Ausdrücke geben darüber die sicherste Entscheidung; heißt es z. B. A und B sollen meine Erben seyn, und wenn einer von ihnen nicht Erbe wird, substituire ich ihnen den C, so würde das erste gemeint seyn, das zweyte dagegen, wenn es hieße: ich substituire den C auf den Fall, daß weder A noch B Erbe wird [72]). Derselbe Zweifel tritt ein, wenn

---

72) Im Zweifel wird wohl die Analogie eines unter den Juri-

mehreren Erben, nicht einem jeden namentlich einer, sondern ihnen zusammen Andere zu Substituten gegeben sind, z. B. die ganze Erbschaft mehreren Graden successiv zugewiesen ist. Entweder wird hier, so bald eine Person aus einem höheren Grade wegfällt, der ganze folgende Grad berufen, sich in diese Portion zu theilen, oder dieß ist erst dann der Fall, wenn der frühere Grad ganz erschöpft ist. Läßt sich aus den Worten eine andere Absicht des Erblassers nicht schließen, so wird das zweyte anzunehmen seyn, namentlich dann, wenn die ganze Erbschaft unter die Mitglieder des zweyten Grades aufs Neue nach einem von dem vorigen verschiedenen Plane vertheilt ist [73].

In besonders naher Verwandtschaft mit dem jus accr. steht die substitutio reciproca; sie wurde namentlich seit der lex Papia oft gebraucht, um ohngefähr dieselben Wirkungen, wie jenes, hervorzubringen, und auch jetzt giebt es Fälle, wo aus gewissen Gründen bey

---

sten streitigen Falles bey der Pupillarsubstitution hieher zu beziehen seyn, wo die Meynung von Papinian und Sabinus durch Justinian bestätigt ist; es würde nämlich die Accretion der Substitution vorgehen. l. 42. D. de vulg. et pup. (28, 6) l. 10. C. eod.

73) Dahin gehört l. 30. D. de vulg. et pup. Accurs und Duaren finden den Grund der Entscheidung in den Worten si neque Florus, neque Sosia; Ramos darin, daß eine ganz neue Vertheilung der Erbschaft angeordnet wurde, und daraus leitet auch Scävola seine Entscheidung her.

des als gleichbedeutend und zusammenfallend betrachtet wird: bekanntlich muß der postumus ab omni gradu exheredirt seyn, wenigstens von Allen, an welche die Erbschaft gelangt. Ist er es blos von den institutis, und einer von diesen stirbt, so daß sein Substitut einrücken sollte, so wird das Testament rumpirt, und auch die andern Eingesetzten können nicht eintreten [74]) selbst nicht, wenn der postumus vorher gestorben ist, [75]) es kann also weder von Accretion noch von Substitution die Rede seyn. Sind dagegen die Erben invicem substituirt, so rumpirt der postumus das Testament nicht, wenn er auch von dem Grade der Substituten nicht namentlich ausgeschlossen wäre, denn es bleiben ja doch dieselben Personen und unter ihnen tritt nun die Substitution ein:

l. 19. pr. §. 1. D. de injusto rupto (28, 3). Si ego et Titius instituti simus et a nobis postumus exheredatus sit, a substitutis nostris non sit exheredatus: Titio defuncto ne ego quidem adire potero; jam enim propter instituti personam, a quo postumus exheredatus est, in cujus locum substitutus vocatur, a quo postumus exheredatus non est, ruptum est testamentum. Sed si ego et Titius invicem substituti sumus, quamvis in partem substitutionis exheredatus non sit: mortuo vel

74) l. 5. D. de injusto rupto (28, 3).

75) l. 14. D. de lib. et post. (28, 2).

repudiante Titio me posse adire puto et ex asse heredem esse.

Auch in Beziehung auf die Vertheilung geht es bey der subst. reciproca ganz wie bey der Accretion, d. h. die Vertheilung der deficirenden Portion an die Substituten geschieht im Verhältniß zu ihren Einsetzungsportionen [76]) und conjuncti haben, wie dort, ein Vorzugsrecht [77]). Der Hauptunterschied besteht also darin, daß die subst. reciproca nur den Miterben des Wegfallenden zukommt, nicht, wenn diese schon gestorben sind, ihren Nachfolgern [78]), auch nicht denjenigen, welche durch den Erben auf andere Weise die Erbschaft erhalten haben, z. B. seinen Hausvater oder Herren [79]). Dagegen wäre ohne diese gegenseitige Substitution das jus accr. auch den Erben der ersten Erben, so wie auch ihren Substituten zugekommen [80]). Ob ein Erbe, der seinem Miterben pupillariter substituirt war, die Erbschaft dieses Pupillen annehmen müsse, war früher streitig; Justinian hat [81]) bestimmt, daß er dazu ver-

---

76) l. 24. l. 41. §. 1. D. de vulg. et pup. (28, 6).

77) l. 59. §. 3. D. de her. inst. (28, 5).

78) l. 81. D. de acq. et om. her. (29, 5). Toties videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quoties acquirere sibi possit, nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem. l. 10. pr. l. 23. l. 45. §. 1. D. de vulg. et pup. (28, 6).

79) l. 3. l. 8. §. 1. D. eod.

80) l. 39. §. 2. D. eod.

81) l. 20. C. de jure delib. (6, 30)

pflichtet sey. Dasselbe nahm Neratius an [82]), aus dem sonderbaren Grunde, daß der Substitut jure accr. dem Pupillen succedire. Hier accrescirt also eine Erbschaft der andern, und zwar nachdem der Pupill seine Erbschaft schon erworben hat, wo also sein Miterbe nur jure substitutionis eintreten konnte: der Pupill scheint also unter der Bedingung eingesetzt, si adierit et intra pupillarem aetatem non decesserit, und sein eigenes Vermögen ist mit der väterlichen Erbschaft verschmolzen [83]).

Auch durch die verschiedenen Arten der Transmission wird das jus accr. ausgeschlossen [84]). Bemerkenswerth ist hier nur ein Fall, wo das jus accr. der Transmission selbst erst ihre Entstehung gegeben zu haben scheint [85]). Ist nämlich jemand neben anderen Erben auf einen Theil der Erbschaft pure, auf einen andern unter einer Bedingung eingesetzt und er stirbt nach Erwerbung des ersten Theils pendente conditione, so würde

---

82) l. 59. D. de acq. vel omitt. her. (29, 2)

83) Weitläufigere Erörterungen über den Inhalt dieses Paragraphen findet man besonders in den Tractaten von Papillon und Ramos del Manzano zu dem Titel über die Substitutionen.

84) §. 5. C. de cad. toll.

85) l. 53. D. pr. de acq. vel om. her. (29, 2) Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque conditio exstiterit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet.

nach der gewöhnlichen Regel dieser zweyte Theil, ohne den Eintritt der Bedingung zu erwarten, unter seine Erben und Miterben nach den Regeln der Accretion vertheilt werden [86]). In diesem Falle soll aber doch der Eintritt der Bedingung abgewartet werden und die Folge haben, daß nun die ganze Portion auf seine Erben transmittirt wird.

§. 18.

Accretion bey der querela inofficiosi testamenti.

Ein Notherbe klagt mit der querela inofficiosi partiaria auf seinen Intestaterbtheil, also daß in Beziehung auf ihn das Testament nicht berücksichtigt, sondern es so angesehen werde, als ob er als Intestaterbe succedire [87]). Dringt er mit dieser Klage durch, so fragt sich nun, wie groß sein Intestaterbtheil sey, und die Fiction wird in so weit verfolgt, daß man nicht auf das sieht, worauf anfänglich die intentio des Klägers gehen konnte, sondern auch alle Vermehrungen berücksichtigt, welche er an seinem Intestaterbtheil erhalten hätte, er genießt also namentlich auch das jus accrescendi, in so fern es bey eintretender Intestaterbfolge Statt gefunden

86) Hätte er keine Miterben, so wäre er gleich Anfangs heres ex asse und die Bedingung wäre unnütz. l. 52. §. 1. D. eod.

87) l. 15. §. 2. l. 19. D. de inoff. test. (5, 2)

haben würde. — Die Zahl der Gründe, aus welchen ein Mitberechtigter wegfällt, ist hier etwas zu erweitern; es gehört nämlich dazu nicht nur der vor der Berechtigung zur Klage, sondern auch der vor ihrer Vorbereitung oder wirklichen Anstellung erfolgte Tod und die Abweisung mit der Klage, ferner nicht nur die ausdrückliche Entsagung, sondern auch das Fallenlassen des schon angefangenen Processes, und die Ausschließung durch Verjährung. — Aus jener einfachen Idee ergiebt sich nun folgende Verschiedenheit: Sind alle nächste Intestaterben dieses Falles zugleich auch zur Querel berechtigt, so beschränkt sich die Accretion auf diese Berechtigten. Sind dagegen noch andere Intestaterben im Testamente eingesetzt, so werden diese bey Berechnung des Erbtheils auch bey der Accretion mit berücksichtigt, und an der ausfallenden Portion erhalten die Kläger nur einen verhältnißmäßigen Antheil. Ein indirecter Beweis für denselben Satz liegt darin, daß sonst die Notherben durch Anstellung der Klage mehr als den Intestaterbtheil erhalten würden, was allerdings ganz gegen das Prinzip dieser Lehre ist. Zu jener unrichtigen Annahme könnte leicht der von einigen Schriftstellern [88]) gebrauchte Ausdruck veranlassen: querela accrescit. Dieser Ausdruck ist unrömisch, da es vielmehr [89]) heißt: pars accrescit, und gegen die Natur dieser Klage,

---

88) z. B. van de Poll. de exher. et praeter. c. 78. §. 8. Hofacker princ. §. 1700.

89) in l. 23. §. 2. D. de inoff. test. (5, 2)

welche von der Präparation nicht vererbt [90]) und noch weniger cedirt werden oder accresciren kann [91]). Es sind also folgende Fälle zu unterscheiden:

1.) Ist ein extraneus im Testamente eingesetzt und alle Intestaterben in concreto sind auch Notherben, so würde die Erbschaft unter ihnen nach Grundsätzen der Intestaterbfolge getheilt werden, und nach denselben Grundsätzen muß auch die Accretion bey der Querel Statt finden, die Portion eines Enkels z. B. accrescirt nur den Enkeln desselben Stammes.

l. 17. pr. D. de inoff. test. (5, 2) Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic si obtinuerit, uteretur rei judicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

l. 23. §. 2. eod. Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit, non agere: pars ejus

---

90) l. 34. C. de inoff. test. (3, 28) giebt dem Sohne im Fall seines Todes nur ein Transmissionsrecht.

91) S. besonders Pufendorf observ. tom. 2. obs. 9. §. 9.

alteri accrescit. Idemque erit, etsi tempore exclusus sit.

2.) Giebt es außer den Notherben noch Intestaterben in concreto, so wächst diesen, bey gänzlicher [92]) Umstoßung des Testaments, ein verhältnißmäßiger Theil der deficirenden Portion zu, natürlich nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge, z. B. den Söhnen verstorbener Geschwister neben Geschwistern nach Stämmen.

3.) Ist ein Notherbe eingesetzt, so behält er seinen Intestaterbtheil, und dieser wird durch das Wegfallen eines nicht eingesetzten Notherben eben so, wie die der übrigen, vergrößert.

l. 16. pr. D. eod. Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et obtinuit, filia quae non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit.

Wäre ein Enkel des Erblassers eingesetzt und es wäre ein Bruder von ihm und andere Enkel als Querulanten da, so würde jenem die deficirende Portion seines Bruders allein zufallen.

Der Patron hat eine bon. poss. c. tab. auf die Hälfte des Nachlasses seines Freygelassenen. Mehrere

92) Bey theilweiser bekanntlich nicht. Sind z. B. Geschwister und Geschwisterkinder des Erblassers vorhanden und jene erhalten den Erbtheil einer neben einer honesta eingesetzten persona turpis, so bekommen die letztern weder hiedurch noch durch Accretion einen Theil an der Erbschaft.

Patronen eines ehemaligen servus communis theilen sich in diese Hälfte, und wenn einer von ihnen sein Recht nicht geltend machen kann oder will, so vermehrt er dadurch den Antheil der andern.

l. 21. D. de bon. libert. (38, 2) Ex tribus patronis uno cessante bonorum possessionem petere, duo aequas partes habebunt.

l. 24. eod. Communi liberto, si ex duobus patronis alter jusjurandum exegerit, ne uxorem ducat, vel vivo liberto decesserit is, qui extra hanc culpam fuerit vel supervixerit partis utrique debitae bon. possessionem solus habebit. —

Dasselbe sagen l. 21. §. 2. D. de jure patron. (37, 14) l. 4. §. 1. D. si quid in fraud. patr. (38, 5)

§. 19.

Anwachsungsrecht beym testamentum militis.

Aus Begünstigung jeder ausdrücklichen oder vermutheten Disposition über das Vermögen, aus Nachsicht gegen die Unbekanntheit mit dem Recht und den gesetzlichen Präsumtionen und aus Rücksicht auf die Unerfahrenheit in künstlichen Rechnungen entstanden alle Privilegien der Soldaten, so auch die in Rücksicht auf Accretion Statt findende Ausnahme. Kein in Beziehung auf Testamente

sonst bestehendes Gesetz, in so fern es nicht die zu jedem Rechtsgeschäft unentbehrliche Ordnung, Bestimmtheit und Förmlichkeit betraf, sollte hier die Wünsche beschränken, vielmehr galt durchaus die Regel: voluntas militis (d. h. der unzweifelhaft ausgesprochene, überhaupt mit einem geordneten Rechtszustande vereinbare Wille) pro jure servatur [93]). War dieser Wille mangelhaft und unklar ausgedrückt oder umfaßte er nicht alle hier möglichen Fälle, so traten nicht die sonst geltenden gesetzlichen Präsumtionen ein, wodurch Bestimmtheit in der richterlichen Beurtheilung eines Geschäfts erhalten wurde, und deren Anwendung ein jeder Bürger, wenn er nicht ausdrücklich dagegen protestirte, weil er sie kennen mußte, auch stillschweigend genehmigte, denn eben diese bey dem Soldaten vorausgesetzte Unbekanntheit mit jenen Regeln hätte sehr oft eine unbillige und falsche Beurtheilung seiner Aeußerungen veranlassen müssen, man hielt sich vielmehr streng an seine Worte, und durfte allerdings so weniger befürchten, ihn mißzuverstehen, als wenn man ihm die Billigung von Gesetzen zutraute, die er vermuthlich gar nicht kannte. Aus diesem Gesichtspunkte ergiebt sich die Consequenz folgender Bestimmungen; bekanntlich wird, wenn ein paganus nur eine gewisse Quote seiner Erbschaft einem oder mehreren Testamentserben angewiesen hat, die übrige in demselben Verhältniß unter sie vertheilt, es

93) l. 1. C. de test. mil. (6, 21)

heißt von ihm potestate juris in hoc resolvitur [94]) und der Beweis, daß dieß gegen seine Wünsche sey, ist dabey unzulässig: denn hat er über die übrige Quote nichts ausdrücklich bestimmt, so wird auch wirklich in den meisten Fällen seinem Willen dadurch entsprochen, wenn der Richter seiner schlechten Rechenkunst zu Hülfe kommt, und sich nur an die von ihm bestimmte Theilungsnorm hält. Bey dem Soldaten gab es keine so durchgreifende Regel, vielmehr wurde sein Wille in jedem einzelnen Falle besonders berücksichtigt und befolgt; im Allgemeinen aber konnte man von einem Römischen miles gewiß am wenigsten erwarten, daß ihm die Eintheilung eines as in 12 Unzen und die Rechnung damit ganz geläufig sey; er mochte diese Namen wohl gehört haben und auch in seinem Testament anbringen wollen, aber wenn er z. B. den A auf 1 Unze, den B auf 2 einsetzte und über den Rest nichts bestimmte, so mußte es viel wahrscheinlicher seyn, daß ihm nur der Gedanke dem B das Doppelte von A zu geben, klar gewesen war, als daß er beyden nur den 4ten Theil der Erbschaft hätte zuweisen und über den Rest gar nichts bestimmen wollen. Dieser Fall ist auch wirklich in einem Rescript so entschieden:

l. 3. C. de testam. mil. (6, 21). Quanquam militum testamenta juris vinculis non subjiciantur, cum propter simplicitatem militarem, quomodo velint et quomodo possint ea facere

---

94) l. 13. §. 2. D. de her. inst. (28, 5)

his concedatur: tamen in Valeriani quondam centurionis testamento institutio etiam jure communi accepit auctoritatem. Nam cum paterfam. filiam ex duabus unciis, uxorem ex uncia heredes scripserit, nec de residuis portionibus quicquam significaverit: in tres partes divisisse eum apparet hereditatem, ut duas habeat, quae sex tantem accepit, tertiam, quae ex uncia heres est instituta [95]).

Diese Annahme war unmöglich, wenn er nur über einen physischen Theil seines Vermögens testirt hatte; setzte er z. B. einen Erben namentlich auf seine bona castrensia ein, so konnte man ihm zutrauen, er werde wohl wissen, daß er auch anderes Vermögen habe, daher succedirten in dieses seine Intestaterben, oder wenn er einen andern Erben dafür ernannt hatte, fand man es gar nicht so unmöglich und unnatürlich, wie manche neuere Schriftsteller es darzustellen sich bemühen, beyde Theile als zwey ganz getrennte Erbschaften zu betrachten,

---

95) Bey weniger einfachen Zahlenverhältnissen mußte um so mehr dasselbe gelten; hatte er z. B. 3 Erben auf 4, 4, 2, Unzen eingesetzt, so war es gewiß nicht sein Wille, daß die übrigen 2 Unzen andern Personen zufallen sollten, sondern jeder der beyden ersten Erben sollte $\frac{2}{5}$, der dritte $\frac{1}{5}$ haben, und daß jener Ueberschuß nicht absichtlich war, wird gewiß Jeder zugeben, dem die von paganis redenden Beyspiele aus dem Titel de hered. inst. bekannt sind.

daher z. B. auch die Schulden nach dieser Ansicht getheilt wurden [96]).

l. 2. C. eod. Miles si castrensium tantummodo bonorum commilitonem suum instituit heredem, caetera bona ejus ut intestati defuncti mater ejus jure possidebit.

Hatte der miles über sein ganzes Vermögen nach einer physischen oder intellectuellen Vertheilung disponirt, so waren also seine Intestaterben ausgeschlossen, bestimmte er noch, daß sie eintreten sollten, so bald ein Theil der Erbschaft vacant wurde, so wurde dieser Wunsch erfüllt, hatte er aber solche seltenere Fälle gar nicht berücksichtigt, so nahm man an, er wolle sie nicht anders beurtheilt wissen, als die gewöhnlichen und häufigern, für welche er seine Intestaterben ganz ausgeschlossen hatte, daher ist hier die Regel: auch beym miles tritt im Zweifel das jus accrescendi ein, nur kann diese gesetzliche Präsumtion in jedem einzelnen Falle durch den von den Intestaterben zu führenden Beweis entkräftet werden, daß nach dem Willen des Erblassers

96) l. 17. §. 1. D. de test. mil. (29, 1) Julianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium caeterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi: ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres esset institutus; extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui caeterarum rerum heres scriptus esset. — l. 6. eod. l. 16. §. 6. D. ad Sct Treb. (36, 1) l. 19. §. 2. D. de castr. pec. (49, 17)

jede vacant werdende Portion an sie gelangen und dadurch die Accretion ausgeschlossen werden solle. Diese Regel ist ganz deutlich ausgesprochen in

l. 1. C. eod. Frater tuus miles, si te specialiter in bonis, quae in paganico habebat, heredem fecit: bona, quae in castris reliquit, petere non potes, etiamsi is, qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit: sed ab intestato succedentes veniunt; modo si in ejus locum substitutus non es, et l i q u i d o p r o b e t u r, f r a t r e m t u u m c a s t r e n s i a b o n a a d t e p e r t i n e r e n o l u i s s e. Nam voluntas militis pro jure servatur.

Dagegen scheint in einer andern Stelle gesagt zu seyn, daß die Accretion im Zweifel nicht, sondern nur dann eintrete, wenn die Miterben beweisen, daß sie nach dem Willen des Erblassers eintreten solle.

l. 37. D. de test. mil. (29, 1) Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem: pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest et competit patrono ab intestato bonorum possessio: nisi haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.

Um diesen Widerspruch zu heben, muß man dießmal [97]) statt der sonst üblichen Vereinigungsart die umgekehrte

---

97) mit Ramos del Manzano de leg. et fidc. p. 2. c. 1. §. 15.

anwenden, d. h. obgleich die Stelle des Codex ein Rescript ist, in der Pandecten-Stelle einen nicht namentlich darin enthaltenen Umstand suppliren [98]. Es war nichts gewöhnlicher, wie wir aus vielen angeführten Fällen sehen, als daß ein Soldat seinen Nachlaß in die bona castrensia und paganica theilte und für jede dieser Massen einen besondern Erben ernannte. Nehmen wir an, daß dieß hier auch geschehen war, so ist die Entscheidung wohl begründet und der in l. 42. §. 1. D. de bon. libert. (38, 2) von Papinian gegebenen ganz ähnlich. Der miles war nämlich ein libertus, sein Patron hätte also eine bon. poss. c. tab. gegen den antretenden Erben gehabt, und daß Paulus diese hier gar nicht erwähnt, erklärt sich nur so, daß der erste Erbe auf die castrensia bona eingesetzt war, welche bekanntlich gegen jene bonorum possessio privilegirt sind [99]. Hier sprechen also für die von Paulus und Papinian gegebene Entscheidung, daß die Vermuthung für das Eintreten der Intestaterbfolge sey, die beyden Gründe, daß das Testament des Soldaten ohne

---

98) Denn bey l. 1. cit. ein Gewicht darauf zu legen, daß das Vermögen physisch und nicht intellectuell getheilt war, ist nur in so fern möglich, weil es sich hier noch eher hätte annehmen lassen, daß der miles den Florus von den castrensia bona, die als eine getrennte Erbschaft betrachtet wurden, für alle Fälle habe ausschließen wollen.

99) l. 3. §. 6. D. de bon. libert. (38, 2) l. 30. D. de test. mil. (29, 1) l. 1. §. 4. D. si a parente quis m. (37, 12)

Anfechtung blieb, und daß die reverentia patronatus, von welcher l. 9. §. 2. D. de reb. dub. (34, 5) spricht, auch hier beobachtet wurde, indem der Patron nun das Ganze statt der ihm sonst zukommenden Hälfte erhielt, beyde Gründe passen aber natürlich nur auf einen libertus und bewirken nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel [100].

§. 20.

Terminologie der Conjunctionen.

Wäre das Anwachsungsrecht blos aus irgend einer Rücksicht des jus publicum entstanden, so ließe es sich recht wohl denken, daß jede wegfallende Portion unter die übrigen Erben immer ganz gleich vertheilt würde, ohne dabey auf die Verschiedenheit ihrer ursprünglichen Quoten zu sehen; die Präsumtion über den wahrscheinlichen Willen des Testirers bringt es aber mit sich, daß das Verhältniß der verschiedenen Antheile an der Erbschaft aufrecht erhalten und jede vacante Portion nach eben dieser Norm zerlegt wird, daher die Regel, daß einem jeden Erben pro parte hereditaria accrescirt [1].

---

100) Am leichtesten hilft sich Faber de err. Pragm. dec. 71. err. 10. der in l. 1. cit. statt noluisse lesen will voluisse.

1) l. 13. §. 3. D. de hered. inst. (28, 5) Sed si alter ex quadrante alter ex semisse heredes scripti sunt, qui accedit quadrans, pro partibus hereditariis eis adcrescit.

Aus demselben Grunde wird der Wille des Erblassers erfüllt, wenn er unter einigen Erben ein Vorzugsrecht bey der Accretion angeordnet hat, ja in manchen Fällen wird ein solches sogar ohne seine ausdrückliche Erklärung aus der Art der Einsetzung geschlossen und angenommen. Die Regeln, nach welchen dieß geschieht, gründen sich weder auf willkührliche Gesetze, noch auf Eigenheiten der lateinischen Sprache, daher können wir zuerst unabhängig von den gesetzlichen Bestimmungen sie aus der Natur der Sache nach einfachen Prinzipien der Ideen-Verbindung zu deduciren versuchen, und wir wählen dazu als das leichtere Beyspiel, den Fall von mehreren Legataren. Ein solcher einfacher Grundsatz ist nun: daß, wenn der Erblasser jedem von Mehreren eine bestimmte Summe oder Sache vermachen wollte, und dazu Dinge wählte, deren Complex zufällig in irgend einer Beziehung als ein zusammengehöriges Ganze erscheint, die Concurrenz an diesem Object, die Legatare durchaus in kein Verhältniß bringt, wodurch sie sich gegenseitig beschränken, oder wodurch der Eine ein eventuelles Recht auf das Legat des Andern erhielte, denn dieß konnte und sollte er schon nach des Erblassers Absicht niemals bekommen; — daß hingegen, so oft es die erweisliche Absicht des Testirers war, einem jeden

---

l. 59. §. 3. eod. Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit.

von mehreren auf Eine Sache angewiesenen Legataren dieselbe ganz zu gönnen, die sich aber ihrer Concurrenz wegen darunter theilen sollten, sein Wille bey den Uebrigen so viel möglich aufrecht zu erhalten ist, wenn die Concurrenz des Einen und dadurch die durch ihn verursachte Beschränkung der Andern wegfällt. Heißt es also z. B. im Testamente: ich vermache von meinem Acker das Stück oberhalb des Weges dem A, das untere dem B, so ist hier von keiner Concurrenz die Rede, wenn B sein Stück aus irgend einem Grunde nicht bekommt, so verbleibt es den Erben. Eben so, wenn es heißt: ich vermache dem A und B jedem 100 von dem Capital von 200, welches ich bey C stehen habe. Mehr als 100 kann und soll hier keiner von ihnen bekommen, der Erbe könnte es ihnen selbst auszahlen, aus irgend einem Grunde aber, weil es ihnen oder dem Schuldner C bequemer ist, sind sie an diesen angewiesen, stirbt aber z. B. A vor dem Erblasser, so kann nun unmöglich B das ganze Capital fordern. Dasselbe ist natürlich der Fall, wenn statt der reellen Theile ideelle festgesetzt sind, z. B. von meinem Garten vermache ich dem A und B, jedem die Hälfte. Sollte dagegen die Vertheilung einer Sache unter Mehrere nur auf den Fall angeordnet werden, daß sie alle den ihnen bestimmten Theil wirklich erwerben würden, so daß jeder beym Wegfallen der Uebrigen auch das Ganze erhielte, so könnte dieß auf verschiedene Weise angedeutet werden: einmal dadurch, wenn dieselbe Sache Mehreren etwa an verschiedenen Stellen des Testaments so legirt war,

daß es z. B. wegen ausdrücklicher Beziehung auf die frühere Bestimmung nicht als gänzliche translatio ausgelegt werden konnte, also: dem A vermache ich mein Haus, und später: das dem A vermachte Haus soll auch dem B vermacht seyn, dasselbe soll auch C haben. Ferner ist dieselbe Absicht anzunehmen, wenn eine Sache Mehreren so vermacht war, daß keiner auf einen bestimmten physischen oder intellectuellen Theil derselben beschränkt wurde, daß aber eine Theilung schon darum als nöthig erschien, weil die Sache einer Mehrheit von Personen bestimmt war, die vielleicht mit einem Collectiv-Namen bezeichnet oder doch ganz unmittelbar neben einander erwähnt und aufgezählt wurden. Der Erblasser wollte eine Sache auf jeden Fall seinen Erben entziehen, es trat aber der Grund, aus welchem er sie einem Andern zuwenden wollte, bey mehreren Personen ganz auf dieselbe Weise ein, diese sollten sich also darein theilen, sie mußten sich darum vertragen und jeder konnte nur so viel erhalten, als ihm bey der Concurrenz der Andern übrig blieb, wenn also diese wegfiel, konnte er auch allein das Ganze bekommen. Der Unterschied dieses Falles von dem vorigen liegt also darin, daß hier nicht, wie dort, die ganze Sache einem Jeden namentlich, sondern einer Mehrheit von Personen legirt ist, die in dieser Beziehung eine Einheit bildet. Hier kann nun entweder die Theilungsart dem Zufall, oder dem Ausspruch des Richters (wo es dann nach dem Verhältniß der Gleichheit gehen würde), oder der Vereinigung der Interessenten überlassen seyn, oder es kann eine solche auf den

Fall der Concurrenz vom Testirer namentlich ausgesprochen seyn, wodurch natürlich das im Uebrigen unter ihnen Statt findende Verhältniß, namentlich die eventuelle Berechtigung eines jeden auf die ganze Sache im mindesten nicht gestört oder geändert wird. — Diese Sätze enthalten die Grundlage der ganzen Theorie von den Conjunctionen; ihre Anwendung auf die dadurch begründeten Vorzugsrechte bey der Accretion ist äußerst leicht, sobald man über die Begriffe und Benennungen derselben einig ist, diese dem Sinn und der Sprache der Römer nach festzustellen, ist also der wichtigste Theil der so äußerst bestrittenen Lehre, zu welcher wir jetzt übergehen. Die Quellen dafür sind so dürftig, daß es nothwendig ist, fast jedes Wort in denselben reiflich zu prüfen, besonders aber das Verhältniß der einzelnen Stellen zu einander richtig aufzufassen. Nun giebt es zum Glück gerade zwey Stellen, wovon die eine die wahre Bedeutung und das Wesen jener unter mehreren Erben oder Legataren Statt findenden, von den Römern bekanntlich conjunctio genannten, nähern Verbindung ergiebt, die zweyte die verschiedenen Formen aufzählt, wodurch diese conjunctio in den Worten der Anordnung des Testirers ausgedrückt werden kann. Von diesen, nicht Beyspielsweise, sondern in allgemein belehrenden Sätzen redenden Stellen müssen wir ausgehen, und bringen wir dann zur Anwendung auf einzelne Fälle nur die gerechte Erwartung mit, im Römischen Recht keine Absurditäten zu finden, so kann ein in consequenter Durchführung jener Prinzipien sich ergebender Wi-

derspruch mit bisher üblichen, aber willkührlich angenommenen Vorstellungen nichts beweisen, als daß diese falsch sind, und nur einen Beleg mehr zu den schon so oft gemachten Erfahrungen liefern, daß es ein Krebsgang in der Exegese ist, aus deutschem oder wenigstens unrömischem Sprachgebrauch die Begriffe der Römischen Juristen zu construiren [2]). — Zunächst sagt Celsus:

l. 80. D. de leg. III. (32) **Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari, hoc est totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.**

Also so oft von mehreren Erben oder Legataren z. B. im corpus juris gesagt wird, daß sie conjuncti seyen, so hat man darunter zu verstehen, daß der Testirer die Absicht oder den Wunsch hatte, einem jeden von ihnen dasselbe Ganze zu geben, in welches sie sich aber nun ihrer Concurrenz wegen theilen müssen. Daß diese Stelle allgemein von allen Formen der conjunctio rede, bemerkt schon die Glosse ganz richtig; auf solche näm-

---

2) Gerade diesen Krebsgang befolgt Faber z. B. in den err. Pragm. dec. 49. err. 4. Er argumentirt aus dem gewöhnlichen Wortsinn des gemeinen Lebens auf den juristischen Begriff, mißbraucht diesen zur Erklärung von Stellen, die sich mit der geringsten historischen Kenntniß ganz anders auflösen, und läugnet dann mit der größten Willkühr den klaren Sinn anderer Stellen, die seinen Hypothesen widersprechen. Dennoch hat er gerade hier viele Nachschreiber und sogar Bewunderer gefunden.

lich, die auch in einem Satze genannt sind, kann sie sich nicht allein beziehen, weil die Absicht des Erblassers, einem jeden das Ganze zu gönnen, bey den andern noch viel unzweifelhafter und deutlicher ausgesprochen ist; an diese letztern aber kann Celsus nicht allein gedacht haben, weil sie, wie später vorkommen wird, nie allein conjuncti, sondern viel öfter in einem andern Sinne disjuncti genannt werden. Die Römer kennen nun drey verschiedene Formen, eine conjunctio auszudrücken, auf alle drey muß aber natürlich, eben weil es nur verschiedene Ausdrücke für dasselbe Verhältniß sind, jene von Celsus gegebene Erklärung passen und angewandt werden:

1.) Was re et verbis conjuncti seyen, unterliegt keinem Zweifel, da Paulus durch eine Definition und mehrere Beyspiele darüber belehrt. Es sind nämlich solche, die zur gemeinschaftlichen Concurrenz an einem bestimmten Object berufen sind, und welche da als mehrere Individuen neben einander genannt oder mit einem Collectivnamen [3]) bezeichnet sind (quos nominum complexus jungit) wo der Name des Erben oder Legatars stehen würde, wenn einer allein berufen wäre. Wesentlich ist, daß die Einheit der in diesem Falle durch mehrere Individuen gebildeten moralischen Person [4]) er-

3) Diese letztern nennt Bartolus ad l. 89. de leg. III. nr. 23. und Costal. ad tit. de usfr. accr. blos verbis conjuncti.

4) conjuncti unius personae potestate funguntur l. 34. pr. D. de leg. I. (30)

sichtlich sey; die Verbindungswörtchen et, que, cum fordert der Sprachgebrauch und die Deutlichkeit [5]); oft genügt aber das bloße Nebeneinanderstellen der Namen ohne Partikeln.

l. 142. D. de V. S. (50, 16) Nec dubium est, quin conjuncti sint, quos et nominum et rei complexus jungit: veluti, Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto: vel Titius Maeviusque heredes sunto: vel Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto. Videamus autem, ne etiam si hos articulos detrahas, „et, que, cum" interdum tamen conjunctos accipi oporteat: veluti Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto, vel ita: Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto: Sempronius ex parte dimidia heres esto: ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam et re et verbis conjuncti videantur.

Daß die mehreren Individuen zusammen in einem Satze genannt seyen, ist aber durchaus nothwendig, weil man sonst nicht von einem nominum complexus reden kann, und die Behauptung von Duaren [6]) u. A., daß

5) l. 36. §. 2. D. de leg. I. (30) Nihil distat, utrum ita legetur: Titio et Maevio an ita: Titio cum Maevio: utrobique enim conjunctim legatum videtur. — l. 7. D. de usufr. accr. (7, 2) Nec enim interest, ita legetur: illi et illi cum Maevio, an ita: illi et illi et Maevio.

6) de jure accr. l. 2. c. 8.

dieß nicht nöthig sey, ist so unrichtig, als der Grund, den sie dafür anführen, nämlich l. 142. cit. in f., wo Paulus solche auch conjuncti nennt, worunter bisweilen auch blos die re et verbis conjuncti allein verstanden werden. Daß aber Paulus in der ganzen l. 142. nicht diesen engern Sprachgebrauch im Auge hatte, beweisen gleich die Anfangsworte: „triplici modo conjunctio intelligitur," und er wählte jenes Beyspiel nur, um an einen mit dem zuletzt angeführten ähnlichen Exempel den Unterschied der beyden Conjunctionsarten hervorzuheben.

2.) Diejenigen, welchen dieselbe Sache in verschiedenen Sätzen oder Perioden angewiesen ist, nennen die Römer re conjuncti.

l. 89. D. de leg. III. (32) Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur.

Der Unterschied von der vorigen Form besteht also darin, daß die Verbindung, in welche diese Personen zu einander durch ihre Concurrenz treten, nicht in den Worten selbst der Anordnung ausgedrückt ist, sondern daraus geschlossen wird, daß dieselbe nur einmal vorhandene Sache einem jeden von Mehreren ganz angewiesen und dadurch eine Theilung nothwendig geworden ist. Man sieht übrigens leicht, daß sich durchaus kein Grund denken läßt, diese beyden Formen verschiedenartig zu beurtheilen, denn ob es dem Testirer erst nachher einfällt, den B zur Concurrenz an einer dem A vermachten Sache zu berufen, oder ob er beyde

Anordnungen in einer Periode vereinigt, ist, sollte man denken, für das Wesen des dadurch unter den Legataren entstandenen Verhältnisses vollkommen gleichbedeutend. Nur kann es zuweilen zweifelhaft seyn, ob der Erblasser eine conjunctio re oder eine translatio bewirken wollte.

Jenes ist dann immer anzunehmen, wenn der Erblasser denjenigen, dem er die Sache zuerst angewiesen hatte, gar nicht wieder erwähnt, z. B. sagt: mein Haus vermache ich dem A, und an einer andern Stelle des Testaments: mein Haus vermache ich dem B; eben so wenn er das erste Vermächtniß ausdrücklich durch das zweyte bestätigt z. B. dieselbe Sache, die ich dem A vermacht habe, vermache ich auch dem B. Ist aber die Anordnung wirklich zweydeutig, so nehmen Manche [7]) hier immer eine translatio an, Andere [8]) im Zweifel eine conjunctio, was auch das Richtige ist, namentlich wegen l. 33. D. de leg. I. (30) wo es heißt: si quidem evidentissime apparuerit, ademtione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet; sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire.

---

7) z. B. Dinus ad l. 89. de leg. III. Duarenus de jure accr. l. 1. c. 7. Ramos ad l. 89. cit.

8) z. B. Jason ad l. 89. cit. nr. 24. A. Ferretus ad l. 89. nr. 43. Bolognetus ad h. l. nr. 84. A. Faber de err. Pragm. dec. 97. err. 3.

3.) Die oben angeführte Unterart der ersten Form, wo der Testirer selbst auf den Fall der wirklich eintretenden Concurrenz der conjuncti, ein Theilungsverhältniß festgesetzt hat, heißt bey den Römern conjunctio verbis. Bevor dieser schon durch eine logische Dichotomie wahrscheinlich gemachte Satz erwiesen werden kann, muß bemerkt werden, daß die Schriftsteller über die Bestimmung dieses Begriffs höchst uneinig sind. Da wir nämlich keine Definition darüber in den Quellen haben, hielt man sich für berechtigt, diese nicht aus dem Wesen der Sache und den vorkommenden Beyspielen zu schöpfen, sondern übersetzte re conjuncti durch: „solche, die in der That und Wahrheit conjuncti sind;" verbis conjuncti: „solche, die es zwar den Worten nach zu seyn scheinen, in Wirklichkeit aber nicht sind;" daher man dann mit Recht glaubte, auf sie die Bestimmungen über die wahren conjuncti durchaus nicht anwenden zu dürfen. Noch einleuchtender wird dieß durch folgende Rechnung: da re et verbis conjuncti solche sind, die in demselben Satz zu derselben Sache berufen wurden, re conjuncti solche, die in verschiedenen Sätzen zu derselben Sache berufen sind, so bleibt nach Subtraction dieser Merkmale für die verbis conjuncti nur das eine übrig, daß sie in demselben Satz zu verschiedenen Sachen berufen sind [9].

---

9) Damit entschuldigte man auch Paulus, der in l. 89. D. de leg. III. (32) gar nichts von re et verbis conjuncti gesagt hatte, da man nur die Merkmale der re conjuncti und

Das Lob, dieser Begriffs-Bestimmung consequent und treu geblieben zu seyn, verdienen aber nur diejenigen [10]), welche herzhaft behauptet haben, es seyen verbis conjuncti, wenn ich sage: ich legire dem A mein Haus und dem B meinen Garten, oder der in l. 84. §. 12. D. de leg. I. (30) erwähnte aber zufällig nicht unter einer Conjunction aufgeführte Fall: Titio et Maevio singulos servos do lego, oder die Eigenthümer eines servus communis, dem ein Legat ausgesetzt ist.

Weil nun aber die Meisten selbst einsahen, daß es absurd sey, auf ein solches Berufen Mehrerer in einer Periode irgend einen Werth zu legen und es als eine besondere species der conjunctio anzuführen, so beschränkte man, freylich mit höchst sonderbarer Willkühr, den Begriff darauf, daß verbis conjuncti solche seyen, denen Theile derselben Sache und zwar nicht physische,

---

die der verbis conjuncti zu addiren brauche, um eine hübsche Definition von jenen zu haben.

10) Vasquez de succ. progr. l. 3. §. 21. Cocceji jus civ. contr. ad t. de legatis. — Cujac. ad l. 84. §. 12. de leg. I. — Faber l. c. — Heisler D. de jure accr. §. 4.; vor allen aber die Frankfurter Juristen-Facultät, die in einem Fall, wo es hieß: „ich vermache dem A 1000 Thaler und dem B eben so viel und dem C eben so viel, gestalt ich ihnen solche 3000 Thaler hiemit legire" ein jus accr. angenommen hat, als unter verbis conjunctis. S. G. A. Struv. D. de jure accr. §. 16.

sondern **intellectuelle Theile** oder Quoten in demselben Satz angewiesen seyen. Dieß ist die sehr allgemein angenommene Erklärung, die man aber wieder so weit als möglich zu machen suchte; man verlangte nämlich nur, daß die Mehreren in einer Periode nach dem weitesten Sinne des Worts genannt seyen, irgend eine Verbindungspartikel brachte sie hervor, aber es genügte auch, wenn nur irgend ein Wort z. B. das verbum finitum sich etwa auf mehrere Legate beziehen ließ, daher eine große Zahl von Schriftstellern in l. 41. pr. D. de leg. II. (31) eine Verbalverbindung finden, Andere [11]) es als ein ganz paßliches Beyspiel einer conjunctio aufführen: dem A vermache ich $\frac{1}{3}$ des fundus, **aber** die übrigen $\frac{2}{3}$ vermache ich dem B [12]). In wie fern nun eine solche Nachbarschaft unter mehreren Legataren irgend ein Anwachsungsrecht unter ihnen möglicher Weise herbeyführen könne, ist freylich schwer einzusehen, und noch weniger läßt sich begreifen, warum

---

11) **Duaren** de jure accr. l. 1. c. 9. **Papillon** de jure accr. p. 769. **Heimburg** Diss. de jure accr. §. 89.

12) Oder wie **Grass** de j. a. qu. 4. sagt: dem A vermache ich von meinem fundus 4 Unzen, die übrigen 8 Unzen dem B. Ob auch eine discretiva und adversativa particula brauchbar sey, um eine conjunctio verbis zu bewirken, darüber ist besonders unter den Scholastikern viel gestritten; je nachdem man hierin strenge war oder nicht, zählt man wie **Cocceji** 5, oder wie **Vasquez** de succ. propr. l. 3 §. 21 — 24. verschiedene Formen einer Verbalverbindung auf.

es in Beziehung hierauf irgend einen Unterschied machen soll, ob die Theile intellectuelle oder physische sind, daher mit Recht Einige [13]) die letztern eben so wohl geeignet halten, jenes Verhältniß hervorzubringen.

Suchen wir nun den Römischen Begriff der verbis conjuncti nach den Quellen zu bestimmen, so sehen wir uns vergebens nach einer Definition derselben um. Gerade an den Stellen, wo man mit Recht eine vollständige Belehrung erwartet [14]), werden sie mit keinem Worte erwähnt, und Paulus, der einzige, der diesen Ausdruck braucht, begnügt sich damit, statt einer Definition seine Leser durch ein Beyspiel an den ihnen bekannten Begriff zu erinnern. Paulus sagt nämlich

l. 89. D. de leg. III. (32). Item verbis, non etiam re „(conjuncti videntur)" Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego.

Dieß Beyspiel enthält vier Merkmale: die Lagatare sind in demselben Satze genannt, sie sind zusammen auf dieselbe Sache angewiesen, es ist unter der Annahme ihrer Concurrenz ein Theilungsverhältniß für sie festgesetzt, und dieß ist das der Gleichheit. Welche von diesen Merkmalen sind nun die wesentlichen, welche müssen wir also in den dem Umfange nach weitern Begriff der Verbalverbindung als dessen Inhalt bildend aufnehmen? Dieß ist natürlich ganz willkührlich, wenn sich die Ent-

---

13) z. B. Faber l. c. Bach Diss. de jure accr. §. 14. sagt sehr richtig: „illa distinctio commentitia hoc loco est."

14) §. 8. J. de legatis. (2, 20), §. 10. C. de cad. toll.

scheidung nicht aus andern Gründen herleiten läßt. Daß die Legatare in demselben Satze genannt sind, scheint wesentlich zu seyn und schon durch den Namen angedeutet zu werden, eben so ist es ziemlich anerkannt, daß eine als Einheit betrachtete Sache unter sie vertheilt werden müsse, weil sonst die Verbindung durch das Wörtchen „und" von gar keiner Bedeutung wäre. Was aber das Uebrige betrifft, so läßt sich gewiß annehmen, daß das Verhältniß der Gleichheit nur als das einfachere genannt ist, statt dessen auch bestimmt seyn könnte, daß etwa A doppelt so viel als B haben sollte [15]. Daraus ergäbe sich also die obige Bestimmung: verbis conjuncti sind solche, die in demselben Satze zur Concurrenz an einem bestimmten Objecte nach einem auf den Fall ihrer wirklich eintretenden Concurrenz ausdrücklich festgesetzten Theilungsverhältniß berufen sind. Die ältesten Unterschiede bey einem Vermächtnisse einer Sache an mehrere Personen (wo sich ohne Zweifel dieß Recht zu-

---

15) Daß die Theile durchaus gleich seyn müssen, meynen jedoch Viele, namentlich Goveanus ad h. l. Donell. com. 7, 13. Majans. Diss. 38. Nr. 13. Faber de err. Pragm. dec. 49. err. 3. aus dem Grunde, weil sonst keine unitas sermonis möglich sey, da das verbum lego dann entweder ausdrücklich wiederholt oder subintelligirt werden müßte. Ein anderes Beyspiel soll also seyn: Titio, Sejo, Sempronio fundum lego pro trientibus.

erst ausbildete, wenigstens vor der lex Papia schon ganz ausgebildet war) waren gewiß das conjunctim und disjunctim legare in einem Sprachgebrauch, der noch jetzt bey Legataren der gewöhnlichere ist. Später nannte man ganz paßlich zum Unterschied von dem Falle, wo Jedem ein bestimmt begränzter Theil einer Sache angewiesen wurde, jene disjuncti auch re conjuncti, weil dieselbe Sache den Worten nach an Mehrere ganz vermacht war, und die conjuncti im engern Sinne re et verbis conjuncti, wo der Zusatz „et verbis" nichts weiter anzeigen konnte, als daß jene re conjuncti in demselben Satze genannt und als mehrere Individuen zusammen an dem Platze des honorirten aufgeführt waren [16]. Waren mehrere Legatare nach physischen oder nicht physischen bestimmten Theilen auf eine Sache angewiesen und beschränkt, so fand ohne die

---

16) Diese letzte Terminologie ist bey Erben die einzig geltende geworden, die andere hat sich bey Legaten erhalten, aus dem Grunde, weil beyder ganze Bedeutung nur auf das jus accr. sich bezieht, und hier hätte es bey Miterben große Verwirrung gegeben, wenn man die re conjuncti (disjuncti) von denen, die auch dieß nicht waren, aber doch ein Anwachsungsrecht hatten, nicht hätte unterscheiden können. Bey Legaten fand diese Zweydeutigkeit nicht Statt, weil bey Solchen, die auf ganz getrennte Sachen oder Theile einer Sache angewiesen waren, von einer Accretion nie die Rede seyn konnte, an diese, konnte man daher voraussetzen, werde Niemand denken, wenn er von disjunctim scriptis hörte.

Weitläufigkeit einer gegenseitigen Substitution [17]) kein Anwachsungsrecht Statt. Dagegen konnte eine Verbindung, wodurch jenes herbeygeführt wurde, nur da angewandt werden, wo alle gleiche Theile haben sollten. Es war aber der Billigkeit angemessen, und konnte unbeschadet der Strenge der alten Formen geschehen, daß der Erblasser, der gern einem Jeden, so bald die Concurrenz der Andern wegfiel, das Ganze gönnte, doch auf den Fall dieser Concurrenz ein anderes beliebiges Theilungsverhältniß festsetzen durfte und dieß gleichsam als Klausel oder Nebenbestimmung der conjunctio beyfügte. Fielen alle Concurrenten bis auf einen weg, so konnte auf jene Bestimmung natürlich keine Rücksicht zu nehmen seyn, sie galt nur in dem Fall, wo die Concurrenz wirklich eintrat; ohne diese Nebenbestimmungen wären die Legatare dann vollständig re et verbis conjuncti gewesen und erst bey der wirklichen Theilung re disjuncti geworden; jetzt gab es schon vorher in der ausdrücklichen Anordnung des Testirers einen Maasstab, wodurch jeder auf einen gewissen Theil beschränkt wurde, und durch diesen jetzt wirklich anzulegenden Maasstab wurden sie re disjuncti, so bald das Eintreten der Concurrenz entschieden war. Der Name, den man für diese Art zu legiren wählte, verbis conjuncti war paßlich genug,

---

17) Die allerdings auch hier möglich war „cum certi juris sit, et in institutionibus et legatis et fideicommissis et mortis causa donationibus posse substitui." §. 7. C. de cad. toll.

weil nun, so bald es gewiß war, daß jenes Theilungsprinzip anzuwenden sey, nichts mehr übrig blieb, als das Nennen in einem Satze [18]), nur konnte man aus ihm allein den Begriff nicht construiren. Eine solche conjunctio verbis ist es also z. B. wenn es heißt: Meinen Garten sollen nicht meine Erben haben, sondern ich vermache ihn den A und B; wenn beyde dieß Vermächtniß wollen, so wünsche ich, daß A die untere, und B die obere Hälfte bekomme. Oder: meinen Acker vermache ich dem A und B, doch ist es billig, daß B, wenn er ihn nicht dem A ganz überläßt, doppelt so viel davon, als A erhalte. Natürlich konnte nun auch das Verhältniß der Gleichheit, welches freylich ohnehin auch Statt gefunden hätte, ausdrücklich ausgesprochen und angeordnet werden. Dieß Beyspiel wählte **Paulus** der Kürze wegen, aber gewiß nicht, als ob die Gleichheit etwas Wesentliches dabey wäre. Die Verbindung mehrerer Vermächtnisse in einer Periode kann also unmöglich schon eine conjunctio verbis heißen, denn theils paßt dieser Begriff nicht auf die gesetzlichen Beyspiele, und dafür hätten die Römer gewiß keine eigene Bezeichnung ersonnen; auch ob die Objecte dieser Legate ein Ganzes (ein συνημμένον) bilden oder nicht, ist gleichgültig, selbst wenn der Erblasser keine physische, sondern intellectuelle Theile angeordnet hatte, so geschah dieß viel-

---

18) Daher nennt **Bolognetus** ad . 89. Nr. 1c. die conjunctio re und die conjunctio verbis eine unitas plena, die sogenannte conjunctio mixta eine unitas plenissima.

leicht nur, um den Legataren die Wahl zu lassen, ob sie die Sache wirklich theilen oder in gemeinschaftlichem Eigenthum behalten wollten, mehr als ihm vermacht war, konnte darum keiner von ihnen bekommen. Wesentlich ist dagegen bey dieser, so wie bey jeder Form der conjunctio nur, daß man die Absicht des Erblassers erkenne, daß er jedem von Mehreren gern das Ganze gönnen wollte, und nur auf den Fall ihrer Concurrenz eine bestimmte Theilungsnorm festsetzte. Diese Absicht kann selbst dann vorhanden seyn, wenn, wie in dem obigen Beyspiele, eine physische Theilung bestimmt war, geschlossen werden kann sie aber vorzüglich daraus, wenn die Theile nicht im Verhältniß zum Ganzen, sondern zu einander bestimmt waren, z. B. aequis partibus, denn eine solche Bestimmung wird natürlich ganz unnütz, sobald die Concurrenz mit Andern wegfällt. Daher ist die Definition, welche Gentilis de jure accr. cap. 3. von verbis conjuncti giebt, vollkommen richtig: cum duo eadem oratione sunt vocati adscriptis partibus, ut si unum ex vocatis tollas, tunc oratio insulsa et inepta tota relinquatur. Eben so sagt Malblanc in der Diss. de caducis §. 8. not. e: Jus accrescendi taliter verbis conjunctis competere patet tum ex rationalibus, cum testator eos in subsidium ad totam portionem aut rem vocavit, et partium mentione significare tantum voluit, quas partes habeant, si concurrerent etc. Diese beyden sind aber auch, so viel mir bekannt ist, die ein=

zigen, welche dieß Verhältniß ganz so aufgefaßt und dargestellt haben, wie ich es bisher versuchte; gänzlich unbestreitbare Gründe lassen sich dafür überhaupt nicht auffinden, denn das oben angeführte gesetzliche Beyspiel ist die einzige Stelle, wo die verbis conjuncti namentlich erwähnt werden und die wichtige Bestätigung in l. 66. de her. inst. ist nur gar zu oft gänzlich mißverstanden. Doch wird diese Ansicht durch die bey ihr allein mögliche und ganz leichte Beseitigung aller Schwierigkeiten in der Folge noch manche Stütze erhalten, und schon jetzt erklärt sich dadurch der Sprachgebrauch der Römer, nach welchem, wie man gewöhnlich meynte, unter conjuncti im engsten Sinne die re et verbis conjuncti (wenn nämlich von Vorzugsrechten die Rede ist), in einer weitern Bedeutung außerdem auch die re conjuncti (bey der Frage nach dem Rechte der Accretion überhaupt) und nur zuweilen, wenn man nur auf den falschen Schein der Worte sieht, auch die verbis conjuncti begriffen seyen. Von einem so vieldeutigen, verwirrenden Sprachgebrauche wissen freylich die Römer nichts, am wenigsten von jenem Vorhofe für die verbis conjuncti, man sieht aber leicht, zu welcher planlosen Willkühr in dieser ganzen Lehre jene Annahme veranlassen mußte, da man nun überall, wo conjuncti erwähnt werden, ganz nach Belieben irgend eine jener Bedeutungen wählte, daher man immer im Voraus gewiß seyn kann, von jeder Stelle wenigstens drey verschiedene Erklärungen bey den Schriftstellern anzutreffen. Wir vermeiden diese Verwirrung, die nie zu einem sichern

Resultate führen kann, vollkommen durch Befolgung der einfachen, aus dem Zusammenhange aller Stellen sich ergebenden Regel: conjunctio ist die Berufung Mehrerer zu derselben Sache, sie kann durch drey verschiedene Formen ausgedrückt werden, entweder re oder re et verbis oder verbis, alle diese Formen bewirken aber eine conjunctio, und alle drey sind daher mit darunter begriffen, wenn von conjuncti geredet wird; dieser Sprachgebrauch ist bey Erben der einzig vorkommende. Bey Legataren werden wegen der theilweise verschiedenen Wirkung jener Formen solche, die nicht in einem Satze genannt sind, den übrigen zuweilen entgegengesetzt, und dann in dieser Beziehung disjuncti (sc. verbis) genannt; dieß geschieht nämlich immer dann und kann ganz unbedenklich geschehen, wenn von einem jus accr. der disjuncti gesprochen wird, worunter dann die re conjuncti, unter den conjunctis die übrigen, die nicht verbis disjuncti, also die re et verbis conjuncti und die verbis conjuncti gemeint sind. So erklärt es sich nun, warum in den not. 14. citirten Hauptstellen die verbis conjuncti gar nicht erwähnt werden, sie sind nämlich nur eine Nebenart der conjuncti re et verbis, und in ihren Wirkungen, warum es sich dort handelt, durchaus nicht von denselben verschieden. Solche feinere Unterscheidungen darf man zwar wohl bey Paulus und Pomponius (l. 66. D. de her. inst.), aber weder in den Institutionen, noch in Justinian's magerer Constitution suchen. — Das Recht der verschiedenen Arten von conjuncti soll nun im Folgenden näher

begründet werden, vorher aber ist noch eine verwirrende und unnütze durch neuere Schriftsteller eingeführte Abtheilung in dieser Lehre zu prüfen.

§. 21.

Ueber die Abtheilung in jus accrescendi und non decrescendi.

Es ist nämlich schon lange üblich, unter einem jus accrescendi und non decrescendi zu unterscheiden, und unter dem letztern die Fälle zu begreifen, wo der Legatar oder Erbe beym Wegfallen der Concurrenz Mitberechtigter nicht mehr bekommt, als der Buchstabe der Anordnung des Testirers ausdrückt. Dieß Letztere schreibt man einstimmig den re conjunctis zu, ob auch die übrigen es haben, ist sehr bestritten. Die Römer kennen diesen Ausdruck gar nicht; sie reden namentlich auch bey re conjunctis von einem accrescere [19]; die ganze Unterscheidung ist wohl durch Justinian's Flickerey [20]) entstanden, daß das Anwachsungsrecht bey Legataren, die re conjuncti sind, nothwendig, bey den übrigen freywillig seyn soll, und dieß ist auch die einzige Rücksicht, wo sie etwa von Bedeutung seyn kann, um auf den Willen des Erblassers zu schließen, denn übri-

---

19) z. B. l. 1. §. 3. D. de usufr. accr. (7, 2) l. 26. §. 1. l. 30. D. de condit. et dem. (35, 1)

20) in §. 12. C. de cad. toll.

gens muß bey der Delation auf die nothwendig zwischen dem Anfang und Ende der Testamentserrichtung verfließende Zeit gar keine Rücksicht genommen werden, vielmehr wird das ganze Testament als ein einziger Gedanke des Erblassers behandelt, und, so wie z. B. ein Legat, mit welchem weiter unten im Testamente eine Ademtion oder Translation vorgenommen wurde, als nie vorhanden angesehen wird, so gilt auch bey der Delation zunächst nur der Theil für einen Jeden, der ihm nach den Grundsätzen der Vertheilung gebührt. Der Erblasser, welcher mehrere Personen zur Concurrenz an einer Sache berief, dachte gewiß zunächst daran, daß jeder seinen Theil auch wirklich erwerben würde, erst, wenn es gewiß wurde, daß einige dieß nicht konnten oder wollten, konnte man in seinen Worten die wahrscheinliche Vermuthung für die auf diesen Fall von ihm beabsichtigten Aenderungen in der Delation finden. Das jus non decrescendi fände also Statt, wenn auch, nachdem man die auf den Wegfallenden sich beziehenden Worte aus dem Testamente ausstreicht, die übrigen noch einen vollständigen Sinn geben, und auch unverändert dem andern Legatar nun das Ganze anweisen. Dieß kann aber bey allen Arten der Conjunction der Fall seyn; heißt es z. B.: mein Haus vermache ich dem A und B und B fällt weg, so ist es so gut, als ob es hieße: mein Haus vermache ich dem A. Eben so würde, wenn ein Theilungsverhältniß unter ihnen bestimmt, sie also verbis conjuncti wären, diese Nebenbestimmung zugleich mit der Concurrenz von B wegfallen. Nicht

mehr ist dieß der Fall bey der Real-Verbindung, wo, wenn auch der eine Satz wegfällt, doch der andere allein schon das jetzt zur Anwendung kommende Verhältniß ausdrückt. Abgesehen von diesen gleichgültigen Formen ist nur der Wille des Erblassers wesentlich, daß eine Sache unter Mehrere getheilt werden soll, weil der Grund, warum er Jemand damit bedenken will, bey Mehreren auf dieselbe Weise eintritt, und daß daher, wenn die Concurrenz des einen wegfällt, die Theile der Uebrigen verhältnißmäßig größer werden. Daß aber der Erblasser an jene Concurrenz gleich von Anfang nur dann gedacht habe, wenn er alle in demselben Satze nannte, möchte schwer zu erweisen seyn, da diese verschiedenen Sätze recht gut unmittelbar neben einander stehen können, und oft nur deßwegen so getrennt sind, weil die Bezeichnung der Personen mehrere Worte erforderte und für eine einzige Periode zu weitläufig gewesen wäre. Mehr also kann jeder conjunctus durch diese seine Conjunction nicht erhalten, als er beym Wegfallen der Concurrenz seiner Mitberechtigten dem Willen des Testirers nach haben sollte, insofern ist das ganze Anwachsungsrecht ein jus non decrescendi oder accrescendi, wie man es nennen will, und Unterschiede lassen sich nach den Formen der Verbindung hierin nicht weiter machen. Vielmehr hat man überhaupt bey jeder Conjunction drey verschiedene Momente zu bemerken: 1) Der Erblasser wollte einem jeden von mehreren Personen ein Legat oder eine Erbportion gern ganz geben. 2) Da dieß Object aber nur einmal vorhanden

war, so mußten sie sich darein theilen, welche Nothwendigkeit der Erblasser entweder vorhergesehn und ausgesprochen hatte (conjuncti verbis und re et verbis) oder nicht (conjuncti re) und danach bestimmte sich die ursprüngliche Delation. 3) Fällt die Concurrenz theilweise weg, so ist dieß Hinderniß gehoben, und der ursprüngliche Wille des Erblassers, soweit er erkennbar ist, wird nun ausgeführt durch das Anwachsungsrecht, welches bey allen Formen der Conjunction auf demselben Grunde beruht, und in Beziehung auf den ursprünglichen Wunsch des Erblassers immer ein jus non decrescendi, so wie in Rücksicht auf die anfängliche Delation immer ein jus accrescendi in eigentlicher Bedeutung ist. — Jene Abtheilung ist nur insofern von praktischer Schädlichkeit, als manche Schriftsteller [21]) darauf die Ansicht bauten, daß jeder re conjunctus die ganze Sache erhalten könne, wenn er sich zuerst darum meldet, und daß er sie behalten könne, bis es gewiß sey, daß der Andre zur Concurrenz mit ihm kommen werde. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung folgt für Legatare und Erben schon aus dem Begriff der Delation, welche nichts als die Darstellung des Testaments als einer einzigen Willensäußerung des Erblassers ist, und zunächst immer so geschieht, daß auf mögliche Aenderungen durch das Wegfallen der Concurrenz so lange keine Rücksicht genommen wird, bis das Eintreten der-

21) Zuerst Azo und Hugolinus ad l. 34. §. 10. D. de leg. I. (30)

selben gewiß geworden ist. Ferner stehen ihr auch bestimmte Analogieen entgegen: wenn von zwey re conjunctis der Eine einer Bedingung unterworfen, also seine Concurrenz noch viel ungewisser war, so sollte der Andre doch nur seinen Antheil haben, und den des ersten nur dann erlangen, wenn dieser starb, oder die Bedingung deficirte [22].

l. 34. §. 10. D. de leg. I. (30) Sed si in pupillari testamento alii eandem legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit, concursu partes nos habere: interim igitur partem habebit is cui in suo testamento legavit.

Das Testament des Vaters wurde mit dem für seinen unmündigen Sohn errichteten als ein einziges betrachtet, sonst wäre hier überhaupt keine Accretion möglich gewesen [23]. Uebrigens ist der Sinn dieser Stelle, wie ihn schon der Glossator Joannes auffaßte, klar genug: daß der Legatar nur den ihn aus

---

22) l. 26. §. 1. D. de cond. et dem. (35, 1) Cum eadem res alteri pure, alteri sub conditione legatur, aut cum alter pure, alter sub conditione heres scriptus est: pars legati vel hereditatis deficiente conditione adcrescit etiam heredi ejus, cui pure legatum vel hereditas data est, si tamen hereditas ejus adita fuerit. — l. 30. eod. l. 17. §. 1. l. 34. D. ad leg. Aquil. (8, 2) l. 99. D. de leg. I. (30)

23) l. 16. D. quib. mod. usufr. am. (7, 4) „quia ex diversis testamentis jus conjunctionis non contingit.“

dem Haupttestamente gebührenden Theil des Legats erhält, bis entschieden ist, daß der im Pupillartestamente ernannte sein Legat nicht erwirbt, wo dann sein Theil jenem accrescirt. Azo und Hugolinus verdrehen die Stelle, um sie ihrer Meynung anzupassen, so, daß „partem“ auf den Theil des im Pupillartestamente eingesetzten Legatars sich bezieht und also für totum stehe; freylich ein sehr singulärer Sprachgebrauch, den aber auch Göschen [24]) billigt. — Für Erben folgt die Unrichtigkeit jener Behauptung schon aus der Regel semel heres semper heres, aber auch aus ausdrücklichen Stellen, z. B.

l. 2. D. si pars her. pet. (5, 4) Si ex pluribus ad quos eadem hereditas pertinet (also auch wenn sie re conjuncti sind) quidam adierint, quidam adhuc deliberent: eos qui adierint, si petant hereditatem, non majorem partem petere debere, quam habituri essent caeteris adeuntibus; nec eis proderit si caeteri non adierint. Non adeuntibus autem caeteris poterunt tunc partes eorum petere, si modo ad eos pertinerent.

l. 1. §. 4. 5. D. de bon. poss. c. tab. (37, 4) Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit: duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit. Idem et in postumo: nam, quamdiu postumus speratur, in ea causa est, ut partem faciat.

24) observ. jur. Rom. p. 98. note.

l. 2. §. 2. D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11) Pro qua quisque parte heres scriptus est, pro ea accipiet bonorum possessionem; sic tamen, ut, si non sit qui ei concurrat, habeat solus bon. poss. quamdiu tamen ex heredibus unus deliberat, utrum admittat bon. poss. an non: portio bonorum possessionis ejus heredi non defertur.

§. 22.

Recht der conjuncti re et verbis.

Das Vorzugsrecht der conjuncti re et verbis bey der Accretion ist allgemein anerkannt und unbestritten [25]. Nun kann es Fälle geben, wo dieser Vorzug die einzige Wirkung ihrer Verbindung ist, und wo die andre Beziehung auf Vertheilung der Erbschaft [26]) ganz weg fällt. Das Testament heiße z. B.: „A soll mein Erbe seyn zu 6 Un-

---

25) es folgt z. B. aus l. 20. §. 2. l. 59. §. 3. l. 63. D. de her. inst. (28, 5) und ist wieder von Justinian in §. 10. de cad. toll. mit den Worten bestätigt: Sin vero quidam ex heredibus institutis permixti sunt, et alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati: tunc, siquidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos conjunctos cum suo veniat onere i. e. pro parte hereditaria quae ad eos pervenit.

26) von welcher z. B. l. 11. l. 13. pr. l. 15. l. 59. §. 2. D. de her. inst. (28, 5) l. 142. in f. D. de V. S. (50, 16) reden.

zen, B zu 5 Unzen;" sollen nun C und D auch noch der Ehre wegen zu Erben ernannt werden, so ist es dasselbe ob das Testament mit den Worten schließt: endlich sollen noch C und D meine Erben seyn," oder: „C soll mein Erbe seyn, D soll mein Erbe seyn, diesen Fall scheint Javolenus bey der Entscheidung von l. 63. D. de her. inst. (28, 5) vor Augen gehabt zu haben:

> Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decesserit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet: sin autem ex separatis, ad omnes qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

denn ohne jenen anscheinenden Zweifel, daß die conjunctio in solchen Fällen von gar keiner Bedeutung sey, ließe sich kein Grund zu dem Beysatz „sine partibus" denken, da die Regel bey solchen, die auf eine gewisse Quote conjuncti sind, wenigstens eben so gewiß gilt, die unrichtige Vorstellung von einem Widerspruch dieser Stelle mit l. 17. §. 1. eod. [27]) hat A.

27) hier sagt Ulpian: Unde idem (Sabinus) tractat: si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his qui sine parte fuerunt repudiaverit: utrum omnibus semuncia an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat: sed Servius omnibus adcrescere ait, quam sententiam veriorem puto; nam quantum ad jus adcr. non sunt

Faber bewogen [28]) eine eben so willkührliche als spitzfindige Beschränkung und Unterscheidung aufzustellen. Conjuncti sind nämlich nicht solche Erben, von denen jedem eine besondre Quote angewiesen ist, sondern nur solche, die sich zusammen (nach einem ausdrücklich bestimmten oder ihrer Concurrenz überlassenen Theilungsverhältniß) in eine Quote der Erbschaft zu theilen haben. Dieß nennt Faber: sie müssen immer sine partibus scripti seyn. Nun kann diese Quote entweder ausgedrückt seyn oder nicht (wo sie dann im letztern Fall entweder bekommen was übrig bleibt, oder wenn noch andere Erben so ohne Theile eingesetzt sind, zusammen so viel als jeder von diesen erhalten) jenes nennt Faber cum parte, dieses sine parte. Nun heiße es zwar

---

conjuncti qui sine parte instituuntur. Quod et Celsus probat.

28) In den err. pragm. dec. 49. err. 2. Dasselbe behauptet auch Perez ad C. de cad. toll. nro. 18. und Govean ad l. 89. de leg. III. (in seinen Animadversionen) und nimmt jetzt z. B. Thibaut System §. 844. an. Auch Schöman Handbuch Bd. 2. p. 11. stellt es als „eine sehr wichtige Bemerkung" auf, daß Verbundene durchaus auf ein bestimmt ausgedrücktes Object zusammenberufen seyn müssen; dieser Satz sey früher sehr streitig gewesen. Javolen entschied in l. 63. cit. dagegen „dieser Streit dauerte fort bis Ulpian" (wo ist denn die Geschichte dieses Kampfes beschrieben??) „Dieser sprach den unbestimmt Eingesetzten das Conjunctionsverhältniß rund ab. Ulpians Meinung gewann den Vorzug." (?)

in l. 63. cit. allgemein „heredes sine partibus," da aber in l. 17. §. 1. cit. gesagt ist, daß solche, die sine parte eingesetzt sind, quantum ad jus accr. non conjuncti seyen, so müsse jene Regel auf den Fall beschränkt werden, da mehrere Erben zwar, wie alle conjuncti, sine partibus, aber doch nicht sine parte, sondern ausdrücklich auf eine bestimmte Quote eingesetzt seyen. — Ein innerer Grund läßt sich für diese Unterscheidung durchaus nicht finden. Sind nämlich alle Erben ohne Theilbestimmung eingesetzt, so bekommt jeder so viel als der Andre, nämlich die Erbschaft mit der Zahl der Erben getheilt. Sind nun einige von diesen conjunctim genannt, so kann man doch nicht annehmen, daß dieß blos zum Zeitvertreib oder der Veränderung in den Redeformen wegen geschehen sey in einem Aufsatze, dessen ganze Gültigkeit und Auslegung von der genauen Anwendung bestimmter Formen abhängt, sondern die Bedeutung dieser Verbindung ist hier dieselbe wie sie in l. 80. de leg. III. ganz allgemein von jeder Conjunction, ohne diese Fälle auszuschließen, angegeben wird, d. h. die conjuncti bekommen so viel als jeder der Andern, jeder Einzelne von ihnen also darum weniger, weil noch Andre da sind, die mit ihm zusammen nicht mehr als jeder der übrigen Erben begünstigt werden sollen. In Beziehung auf die Vertheilung ist dieß namentlich ausgesprochen [29]), und warum es bey der Accretion anders

29) in den Note 26 citirten Stellen, besonders l. 59. §. 2. D. de her. inst. (28, 5). Titius heres esto: Sejus et Mae-

ders seyn sollte, ist durchaus nicht einzusehen, da beydes nur Folgerungen aus derselben Willensauslegung sind. Daß aber die Faber'sche Annahme sich auch aus den Quellen und einem sehr subtilen Sprachgebrauch nicht rechtfertigen läßt, zeigt die gewiß nicht auffallende Bemerkung, daß die Ausdrücke sine parte und sine partibus ganz promiscue gebraucht werden; der letzte nämlich, wenn man ganz genau spricht, weil, wenn Jeder einen Theil hat, Mehrere auch mehrere Theile haben, der erstere hingegen, wenn man nicht so genau, aber gewiß nicht weniger richtig und verständlich sich ausdrückt [30]). Was endlich den angenommenen Widerspruch zwischen l. 63. und l. 17. §. 1. cit., welcher zu jener ganzen Theorie allein Veranlassung gegeben hat, betrifft, so kann hier, weil die Erklärung der l. 17. an einen ganz andern Ort gehört, nur kurz gesagt werden, daß er blos eingebildet ist, und auf der ganz unerweislichen und unmöglichen Voraussetzung beruht,

---

vius heredes sunto; verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur. Außerdem l. 17. §. 4. eod. „nam et si unus sine parte, duo conjunctim sine parte instituantur, non tres trientes fieri Celsus scripsit, sed duos semisses."

30) Man sehe z. B. l. 9. §. 13. l. 10. l. 15. §. 1. l. 16. l. 35. pr. §. 2. l. 47. §. 2. D. eod. l. 2. D. si pars her. pet. (5, 4) (in der letzten Stelle ist in demselben Satz einmal von dem Complex mehrerer Portionen als von einer pars und dann als von partes die Rede, ohne daß sich irgend ein Grund für diese Abwechslung angeben ließe).

daß die beyden letzten Erben conjunctim eingesetzt seyen. Davon steht in der Stelle kein Wort, man hat sich vielmehr den Fall zu denken, wo es hieß: „A soll mein Erbe seyn zu 6 Unzen, B zu 5 Unzen (oder diese beyden können conjunctim auf 11 Unzen eingesetzt seyn, das ist für Ulpian und uns ganz gleichgültig) C soll mein Erbe seyn, D soll mein Erbe seyn." Denn daß C und D auch conjunctim eingesetzt wären ist eben wegen l. 63. ganz unmöglich.

§. 23.

Recht der conjuncti verbis.

Die Frage ob Legatare, die verbis conjuncti sind, ein Anwachsungsrecht und solche Erben ein Vorzugsrecht bey der Accretion haben, ist der am meisten und häufigsten bestrittene Punkt bey dieser ganzen Lehre [31]). Die be-

31) Dafür sind z. B. ausser der Glosse Bartolus, Jason, Bolognetus, Alciat. ad l. 89. de leg. III. Baro et Vinnius ad §. 8. T. de legat. Duaren. de jure accr. l. 1. cap. 10. Donell. comm. 7, 13. T. Suevius de jure accr. l. 2. cap. 3. Vasquius de succ. progr. l. 3. §. 23. Sc. Gentilis de j. a. cap. 6. Papillon. de j. a. p. 786. Textor D. de j. a. Bynkershök observ. l. 2. cap. 3. Malblanc princip. §. 724. 736. — Dagegen sind u. A. Hotman. Giphan. Bachov. ad §. 8. J. de legat. Govean. de j. a. nro. 10. Cujac. A. Faber de err. Pragm. dec. 49. err. 4. Fachin. controv. 5, 50. Cocceji jus

jahende Antwort folgt für uns schon aus der oben gegebenen Begriffsbestimmung, und alle aus einer unrichtigen Definition hergeleiteten Argumente für die entgegengesetzte Ansicht bedürfen daher keiner Widerlegung. Jene von mir versuchte Erklärung kann aber allerdings ihre Bestätigung erst durch ihre Uebereinstimmung mit unsern Gesetzen finden, daher sind die aus den Quellen hergenommenen Gründe, aus welchen den verbis conjunctis das jus accr. abgesprochen wurde, zunächst zu widerlegen. Es sind vollständig folgende:

1.) l. pen. D. de usufr. accr. (7, 2) Cum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, legatarii separati videntur, non minus quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset; unde fit, ut inter eos jus accrescendi non sit.

Hier soll beyläufig gesagt seyn, daß verbis conjuncti kein Anwachsungsrecht haben. Diese Schwierigkeit suchte man durch mancherley gezwungene Erklärungen zu umgehen: Azo, Accursius und Bartolus meynten, es sey auch im zweyten Theile dieser Stelle von dem Falle die Rede, wo den Legataren der Nießbrauch von verschiedenen Erben hinterlassen sey, sie seyen also wirklich verbis conjuncti, weil sie in dem-

civ. controv. l. 31. qu. 4. Voet. ad tit. de legat. §. 61. Majans. D. 38. §. 34. Bach D. de j. a. §. 14. Ramos del Manzano de j. a. cap. 3. Hofacker princip. §. 15. 24. Thibaut System. §. 844.

selben Satze mit dem Beysatze „aequis portionibus“ genannt seyen, haben aber kein jus accr., weil ihnen der Nießbrauch von verschiedenen Erben vermacht sey, worauf auch die offenbar mit der vorigen zusammenhängende l. ult. eod. [32]) hinweise. Allein dieß Fragment bezieht sich offenbar nicht auf die gebrauchte Vergleichung, sondern auf den im ersten Theile der Stelle enthaltenen Hauptsatz, und die beyden Fälle würden bey jener Annahme so nahe zusammentreffen, daß es nicht nöthig gewesen wäre, auf die Gleichheit ihrer Resultate aufmerksam zu machen. Andre [33]) wollen Papinian's Entscheidung auf den Usufruct beschränken, und hier, aber nicht beym Eigenthumslegat, die verbis conjuncti von der Accretion ausschließen. Für eine solche Beschränkung spricht aber gar nichts, und es ist nur bekannt, daß das jus accr. beym Nießbrauch in größerm Umfange Statt findet, als beym Eigenthum, aber nicht umgekehrt. Donell [34]), dem auch Vinnius und Lauterbach folgen, bezieht die Worte „aequis portionibus“ auf die Erben, so daß es heiße: dem A und B sollen respective meine Erben C und D den Usufruct des fundus zu verschaffen zu gleichen Theilen verpflichtet seyn; dadurch thut man aber offenbar den Worten Gewalt an. Endlich nimmt Textor [35]) an, es heiße:

32) „Cum alius ab alio usumfructum vindicat.“

33) z. B. Fachin. contr. 4, 50.

34) Comment. l. 7. cap. 12.

35) D. de jure accresc. §. 40.

ich legire dem A und B den Nießbrauch auf gleichen Theilen meines Gutes; daher finde hier kein jus accr. Statt, wohl aber wenn es hieße: ich legire ihnen gleiche Nutznießung auf meinem Gute. Der Unterschied beyder Bestimmungen ist nicht einzusehen, und die Worte „aequis portionibus" könnten eben so wohl das letzte als das erste bedeuten. Wegen der Unhaltbarkeit dieser Erklärungen nehmen Viele [36]) an, daß hier den verbis conjunctis ein jus accr. durchaus abgesprochen werde. Dieß wäre auch in der That nicht zu läugnen, wenn die Stelle überhaupt von einer conjunctio, und zwar von verbis conjunctis spräche. Das ist aber bey der Allgemeinheit der Worte nicht nöthig anzunehmen, im Widerspruch mit andern Stellen nicht rathsam, und aus innern Gründen unwahrscheinlich. Ein Erbe, dem die Auszahlung eines Legats aufgegeben ist, hat nämlich das Recht, dieß Legat zu behalten, wenn der Legatar es nicht erwerben kann oder will, ausgenommen wenn er es an mehrere conjuncti auszahlen sollte, von denen auch der letzte übrigbleibende noch das Ganze bekommen kann. Im ersten Falle der l. pen. mußte das Testament so ausgelegt werden, daß jeder Legatar von dem Erben, auf welchen er angewiesen war, den Nießbrauch am halben fundus fordern konnte; fiel er weg, so hatte dieser Erbe keine Verpflichtung, seinen Theil an einen conjunctus auszuzahlen, da der re conjunctus gar

36) z. B. Cujacius ad h. l. (im Papinianus) Faber l. c. Ramos ad l. 89. cap. 3.

nicht an ihn, sondern ausdrücklich an einen Andern angewiesen war, er behielt also das Legat, und für den zweyten Legatar gab es kein jus accrescendi. Sehen wir uns nach einer Analogie für diesen Fall um, so ist wesentlich dabey, daß kein Legatar mit dem andern in irgend einer Verbindung stehe, und daß die Verpflichtung der Erben gegen beyde bestimmt und unabhängig von einander sey. Finden sich diese Merkmale, so ist die Verschiedenheit der Personen der Onerirten gleichgültig, und wir haben also den Fall, wo zwey Collegatare gänzlich separati sind. Um die Aehnlichkeit noch größer zu machen, nehmen wir an, daß, wie es in dem obigen Falle herauskommen würde, jeder auf die Hälfte des fundus berechtigt ist, und fassen die Bestimmung: „A soll den Nießbrauch am halben fundus und B an der andern Hälfte haben" in die Erzählung zusammen: sie sind zu gleichen Theilen auf den Nießbrauch berechtigt. Die Gleichheit der Theile ist freylich sehr unwesentlich bey diesem Vergleich, dennoch hat gerade dieser Ausdruck „aequis portionibus" der ungefähr eben so als Beyspiel von Paulus in l. 89. de leg. III. gebraucht ist, offenbar die Annahme veranlaßt, daß er genau so in der Formel mit gestanden habe. Nöthig ist dieß, wie man sieht, den Worten nach nicht [37]), und daß es auch nicht so seyn konnte, zeigen directe Beweise aus andern Stellen:

2.) l. 66. D. de her. inst. (28, 5) Si quis ita heredes instituerit: Titius heres esto, Gajus

---

37) so wenig wie in l. ult. D. ad sct. Treb. (36, 1)

et Maevius aequis ex partibus heredes sunto: quamvis „et" syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus heredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur.

Die Wichtigkeit dieser Stelle ist einleuchtend, und sie scheint auch klar und bestimmt genug zu reden, dennoch hat man mit gleicher Zuversicht behauptet, daß hier den verb. conjunctis ein jus accr. abgesprochen, und daß es ihnen zugeschrieben werde. Die ganze Wichtigkeit der Lehre von den Conjunctionen beruht blos auf einer Vermuthung über den Willen des Testirers, und dieses obere Prinzip wird überall auch da durchgeführt, wo es zu einem andern Resultate oder zu demselben, aber aus andern Gründen führt, als die Anwendung der gewöhnlichen, auf jene Wortformen gegründeten Regeln. So trug Julian [38]) Bedenken, eine conjunctio re in einem Falle anzunehmen, wo sie den Worten nach ganz unzweifelhaft vorhanden war, und führt als Hauptgrund seiner bejahenden Entscheidung die hier noch unterstützende Präsumtion auf, daß die Erbschaft gewöhnlich in 12 Unzen getheilt werde; und eine solche Vor-

38) wie Ulpian in l. 15. pr. D. de her. inst. (28, 5) und Paulus in l. 142. D. de V. S. (50, 16) erzählen.

sicht hat auch den sehr zu billigenden Grund für sich, daß die durch eine Conjunction bewirkte Hintansetzung bey der Vertheilung und der Vorzug bey der Accretion vor den andern Erben nicht anzunehmen ist, wenn weder in den Worten der Einsetzung, noch in der Absicht des Testirers eine unzweifelhafte Nöthigung dafür liegt. Nun war es gewiß eine häufige Einsetzungsform, wenn man zwey Erben neben andern zu gleicher Berechtigung berufen wollte, ohne sie jedoch auf eine bestimmte Quote zu beschränken und ohne sie zu conjunctis zu machen: A soll mein Erbe seyn, B soll zu einem gleichen Theile mein Erbe seyn, und eben so konnte man sich bey mehreren Erben auf die Einsetzung des ersten beziehen, also statt zu sagen: A soll mein Erbe seyn, B zu demselben Theil, C auch zu dem gleichen Theil, konnte man blos der Kürze wegen die beyden letzten in einen Satz zusammenfassen, und so haben wir das Beyspiel der l. 66. Das Wörtchen „et" ließe auf eine Conjunction schließen, und zwar des Beysatzes „aequis ex partibus" wegen auf eine Verbalverbindung; war aber kein erweislicher Grund vorhanden, weswegen Gajus und Maevius weniger erhalten sollten als Titius, so war es hier gewiß billiger, den Beysatz „aequis ex partibus" auf das Verhältniß zu der Portion des Titius zu beziehen, also jedem von diesen drey Erben gleich viel zu geben, wodurch natürlich auch das Vorzugsrecht bey der Accretion wegfiel. Der Entscheidungsgrund: „quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur"

scheint mir diese Erklärung [39]) vollkommen zu bestätigen. Daraus folgt aber auch nach dem argumentum a contrario, daß mit jener Zweydeutigkeit auch die Möglichkeit der ihretwegen Ausnahmsweise angenommenen gleichen Berechtigung weggefallen wäre. Hieße es also mit Beybehaltung, aber Umstellung derselben Worte: „Gajus et Maevius aequis ex partibus heredes sunto, Titius heres esto“ so hätten G. und M. zusammen so viel als T. erhalten, und erst dann, wenn einer von ihnen wegfiel, hätte sich diese ungleiche Vertheilung durch das unter ihnen eintretende Vorzugsrecht bey der Accretion wieder ausgeglichen. — Brauchte man nun diese Stelle, um zu beweisen, daß verbis conjuncti kein Vorzugsrecht haben, so geschah es gewöhnlich, indem man sie ohne den darin gegebenen Entscheidungsgrund anführte, und daraus bildete man denn die ergänzende Regel für l. 89. de leg. III., daß der conjunctus re und der conjunctus verbis zugleich zur Accretion zuzulassen sey. Andre, z. B. Jason und Peter de Bellapertica erklärten alle drey Erben für verbis conjuncti nach der damals angenommenen Regel: punctus accipitur pro copula, wogegen schon Baldus mit Recht erinnert, daß eine copula quae cadit inter orationes keine Conjunction hervorbringe, sondern nur eine solche, quae cadit inter personas. Sehr Viele [40]) behaupten auch, die Verthei-

---

39) die ungefähr eben so Odofredus ad h. l. und Donell. Comm. 7, 13. geben.

40) z. B. Alciat. ad l. 89. de leg. III. nr. 4. Schöman Handbuch Bd. 2. p. 11. Göschen observ. jur. Rom. p. 103.

lung sey hier so zu machen, daß Titius die Hälfte, S. und M. jeder ¼ der Erbschaft erhalten, und zwar, weil es heißt, es accrescire pro hereditariis portionibus. Dieß kann sich aber recht wohl auf andre im Testamente berufene Erben beziehen, und daß solche vorhanden waren, folgt bestimmt aus den Worten „non alteri soli sed et omnibus coheredibus."

3.) l. 34. §. 9. D. de leg. I. (30) Si conjunctim res legetur, constat partes ab initio fieri; nec solum hi partem faciunt, in quorum persona constitit legatum, verum hi quoque, in quorum persona non constitit legatum, utputa si Titio et servo proprio sine libertate.

Schon Cujacius nahm an, daß diese Stelle vom Damnationslegate rede, wo denn alle Schwierigkeit wegfällt. Da es nämlich bekannt ist, daß bey diesem das jus accr. nie, sondern nur beym Vindicationslegate eintrat, so kann es nicht verwundern, daß von den gesetzlichen Beyspielen einige den Legataren das jus accr. geben, andre es ihnen allgemein abzusprechen scheinen; daß die letztern sich auf den Fall des Damnationslegats beziehen, ist zuweilen namentlich gesagt [41]), bey andern abgerissenen Fragmenten ist es mit vollkommner Gewißheit anzunehmen, da sie so statt eines unauflösbaren Widerspruches mit allgemein bekannten Regeln, nur vollstän-

41) z. B. l. 7. D. de leg. II. (31).

dige Uebereinstimmung mit denselben zeigen [42]). Das conjunctim bezeichnet also hier wie gewöhnlich bey Legataren, die conjunctio mixta im Gegensatze zu disjunctim, wo der Eine die Sache, der Andre den Werth bekäme, also beym Wegfallen des letztern jener wenigstens die ganze Sache behalten hätte. Dieser Erklärung setzte man besonders die Worte „partes ab initio fieri" entgegen, was nur auf die conjuncti verbis passe, da re und re et verbis conjuncti von Anfang, d. h. dem ursprünglichen Wunsche und der Aeußerung des Erblassers zufolge, nicht einzelne Theile, sondern jeder das Ganze haben sollen. Aber der Ausdruck „ab initio" ist durchaus nicht so technisch, und bezeichnet gerade hier die Zeit der Delation, wie aus den Worten „partes fieri" sich ergiebt, und wo nicht die disjuncti, wohl aber die eigentlichen conjuncti jeder nur einen Theil zu erwarten hatte. Dazu kam, daß man die Stelle vom Vindicationslegate verstand, und da sie dann mit den bekannten Regeln der conjunctio re und re et verbis gar zu sehr im Widerspruche stand, sollte man sie schon deswegen von verbis conjunctis verstehen [43]), was, wie man sieht, ein förm-

42) dazu gehören z. B. l. 16. pr. l. 84. §. 8. D. de leg. I. (30) l. 89. §. 2. de leg. II. (31).

43) Ramos l. c. cap. 3. Faber de err. Pragm. dec. 49. err. 4. eben so l. 16. pr. D. de leg. I. 30. l. 3. D. de leg. praest. (37, 5) und, meynt Faber, obgleich conjuncti gewöhnlich gerade das Gegentheil bedeute, müsse man doch so oft die verb. conjuncti (d. h. nach seiner Theorie die separati) dar-

licher Cirkelschluß ist. Andre suchen die Stelle durch eine falsche Annahme zu erklären; sie hängen sich z. B. daran, daß in dem hier gewählten Beyspiele das Wegfallende pro non scripto war, und behaupten, daß in solchen Fällen kein jus accr. Statt gefunden habe, wegen l. 16. pr. D. de leg. I. (30), l. 7. de leg. II. (31), wo doch ausdrücklich gesagt ist, daß von einem Damnationslegate die Rede sey, wo aus diesem Grunde das jus accr. wegfallen mußte, und gegen die bestimmtesten Zeugnisse, daß gerade bey dem pro non scripto das jus accr. sowohl vor als nach der lex Papia galt [44]). Am unglücklichsten ist die Erklärung von Accursius, Bartolus und vielen Aelteren, daß der servus proprius darum partem facere müsse, weil es eine Impietät der Erben sey, sein Legat ganz wegfallen zu lassen, denn diese, 300 Jahre später von Justinian [45]) angeordnete, Aenderung des ältern Rechts konnte Ulpian unmöglich als bekannt voraussetzen.

4.) l. 20. D. de leg. II. (31) Et Proculo placebat, et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere: non enim conjun-

---

unter verstehn „quoties alioquin falsum aut absurdum quidpiam sequeretur!“

44) l. 34. §. 11. D. de leg. I. (30) l. 20. §. fin. D. de her. inst. (28, 5) §. 3. C. de cad. toll. Diese Erklärung geben Baro et Balduin. ad §. 8. J. de leg. Duaren. de j. a. 1, 18.

45) in l. pen. C. de necess. her. inst. (6, 27).

ctim sed partes legatas. Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

Ein servus communis erwirbt ein ihm ausgesetztes Legat seinen Herren nach dem Verhältnisse ihres Antheils an ihm. Wird es ihm im Testamente zugeschrieben, so ist das blos eine andere Form, denn jene Erwerbungsart durch Sclaven ist so bekannt, daß der Erblasser nichts anderes kann beabsichtigt haben, als jedem der Eigenthümer einen verhältnißmäßigen Theil des Legats und nicht mehr zuzuwenden. Wenn man hier eine conjunctio verbis und also einen Beweis gegen das jus accr. dabey finden wollte, so ist das ein ganz falscher Vergleich, und mit mehr Recht nennen Andre diesen Fall eine conjunctio legis im Gegensatze der conjunctio hominis, bey welcher allein jene drey Formen sich unterscheiden lassen, denn es heißt ja ausdrücklich „non conjunctim, sed partes legatas [46].“ Beym Nießbrauche wird die entgegengesetzte Entscheidung gegeben [47], daß ein jus accr. allerdings Statt finde, aber auch nicht wegen einer Conjunction, sondern weil der Nießbrauch als ein persönliches Recht doch eigentlich dem Sclaven vermacht sey („persona ejus non dominorum inspecta“), also beym Deficiren des einen Herren auf ihn zurückfalle, und durch ihn

---

46) „nam in hac causa servus communis quasi duo servi sunt“ l. 81. §. 1. D. de leg. I. (30)

47) l. 1. §. 1. D. de usfr. accr. (7, 2)

an den andern Herrn komme, da er nun als quotidie constitutus von Neuem vermacht anzusehen sey. Einen Sectenstreit hierüber mit Cujacius anzunehmen, scheint mir durchaus nicht nöthig.

5.) In l. 89. de leg. III. heißt es: „quia semper partes habent legatarii." Da sie also immer, d. h. ab initio nicht erst concursu nur einen Theil haben, können sie auch nie durch Accretion das Ganze bekommen. Ich finde in jenen Worten nichts als eine Bemerkung zu dem Beyspiel von verbis conjunctis; dieß war nämlich statt einer Definition gegeben, und um auf das Wesentliche dabey aufmerksam zu machen, setzte Paulus noch hinzu, daß ein Theilungsverhältniß nothwendig dabey angegeben seyn müsse, sey es nun das der Gleichheit oder irgend ein anderes; das semper bezieht sich daher auf alle Fälle der Anordnung einer conjunctio verbis, nicht aber auf jedes mögliche, nach dieser Anordnung entstehende Resultat, denn die Legatare behalten diese Theile nur dann, wenn sie concurriren, sonst kann auch jeder das Ganze bekommen, was eben in der Relativität der Theilungsnorm liegt [48]).

6.) In §. 8. J. de leg. und §. 11. C. de cad. toll. wo die Lehre vom Einfluß der Conjunctionen auf das

48) Mit Recht setzt Mantica de conj. ult. vol. die verbis conjuncti den re et verbis conjunctis darin ganz gleich, daß jeder nach dem in der Delation ausgesprochenem Willen des Testirers nur einen Theil habe, secundaria voluntate aber, d. h. beym Wegfallen der Concurrenz, das Ganze erhalte.

jus accr. vollständig erörtert werden sollte, werden die verbis conjuncti gar nicht erwähnt [49]), also haben sie auch bey der Accretion gar keinen Vorzug. Aber schon der Name conjuncti, den sie doch einmal mit Recht oder Unrecht führen, hätte ihnen wenigstens eine Erwähnung und eine namentliche Zurückweisung ihrer darauf etwa zu gründenden Ansprüche verschaffen sollen. Der Grund, warum dieß nicht geschah, liegt unstreitig in dem von Justinian immer befolgten Sprachgebrauche, nur das conjunctim und disjunctim zu unterscheiden, wobei das Wesen der conjunctio in die Verbalverbindung gesetzt wird, worunter also die verbis conjuncti immer auch mitbegriffen sind; daher spricht Justinian immer nur von der unitas sermonis, und dem discretum esse sermone testatoris. Dagegen behauptet Zimmern [50]), daß man diese Ausdrücke auf eine blos reale Verbindung zu beziehen habe, aus den beyden schlagenden Gründen, „weil diese doch auch in Worten ausgedrückt werden müsse, und weil man die Stelle sonst gar auch auf bloße verb. conjuncti zu beziehen hätte"!

Viel schlechter als die bisher angeführten Gegen=

49) Auch sollen sie oft ausdrücklich separati heißen z. B. l. pen. D. de usufr. acc. (siehe Glück Comm. Bd. 9 p. 268) aber gerade daß die Legatare hier so genannt werden, bestätigt die Annahme, daß überall von keiner conjunctio die Rede seyn konnte.

50) in seinen Röm. Untersuchungen p. 95.

gründe sind diejenigen Argumente, durch die man den verb. conjunctis in der gewöhnlich angenommenen Bedeutung ein jus accr. zu verschaffen suchte. So sagt Vinnius [51]), der das von Paulus angeführte Beyspiel aequis partibus für eine den ganzen Begriff umfassende Definition hält: „non mutat conjunctionem realem partium aequalium expressio, nam etsi partes hae non exprimantur, tacite tamen significantur enumeratione personarum; quae autem non expressa intelliguntur, tamen si exprimantur pro supervacuis habentur.“ Schöman [52]) erklärt die conjunctio verbis durch „Zusage verschiedener aber einander beschränkender Objecte an Mehrere in einer Periode,“ nämlich so: A und B sollen jeder zu $\frac{6}{12}$ meine Erbschaft haben, auch C soll mein Erbe seyn. Hier sollen B und A unter sich ein Vorzugsrecht bey der Accretion haben; ist das nicht gerade zu gegen l. 41. de leg. II.? [53]) direct beweisend ist außer der oben erklärten, speciell von Erben redenden l. 66. de her. inst. noch folgende Stelle:

---

51) ad §. 8. J. de leg.

52) Handbuch Bd. 2. p. 7.

53) Zu welchem Unsinn endlich die consequente Durchführung dieser Theorie führt, sieht man z. B. an Vasquez in seinem geschmacklosen Werke de succ. progr. l. 3. §. 23. Er gesteht, daß die Gesetze den verb. conjunctis ein jus accr. geben, und denkt sich dabey den Fall: „dem A vermache ich den halben fundus, und dem B die andere Hälfte“ Da nun nach l. 66. de her. inst. der Grund dieses Rechts nicht in

l. 16. §. 2. D. de leg. I. (30). Si Titio et postumis legatum sit, non nato postumo, totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et postumis viriles partes dari voluisset vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato postumo.

In diesem Falle, wo mehrere unter dem Collectivnamen der postumi begriffen waren, würden diese den gewöhnlichen Regeln nach zusammen eben so viel bekommen haben, als Titius allein. Man konnte aber hier leicht geneigt seyn, die Präsumtion vorzuziehn, daß der Erblasser eigentlich jedem von ihnen so viel als dem Titius zugedacht habe, wie Gajus in einem ähnlichen

---

der Verbindung liegen könne, die blos durch schnelles Sprechen, durch Zusammenfassen in eine Periode erzeugt wird, so müsse dasselbe auch solchen Legataren zustehen, die ganz separati sind! Hierfür führt er aus seiner Philosophie und den Gesetzen noch 21 Gründe an, von welchen etwa die überzeugendsten diese sind: „De singulis ad universa non licet arguere propter dissimilitudinem. Nam asinus animal recte dicitur, homo autem dici non posset; et individuum quodlibet sui appetit conservationem magis quam conservationem speciei. Ergo pars rei legatae magis est ut alteri parti accedat per quod individui conservatio induceretur, quam quod hereditas obruatur, et per hoc sub genere comprehendatur." Aus den Gesetzen z. B. l. 41. pr. D. de leg. II. die so interpretirt wird: „arrige aures! textus ab ipsa separatione arguit ad jus accres., sicque habuit pro comperto, inter re et verbis separatos esse jus accrescendi.

Falle[54]) es interpretirte. Hatte aber der Erblasser selbst ein andres Theilungsprinzip auf den Fall der Concurrenz angeordnet, als welches jenen Regeln nach befolgt seyn würde, so waren nun alle verbis conjuncti, und wenn alle andern wegfielen (non nato postumo) so erhielt Titius das Ganze. Um den Rechtssatz, für welchen dieß Beyspiel ein klarer Beleg ist, zu umgehen, suchte man den Grund der Entscheidung entweder in der Ungewißheit der erwarteten Concurrenz [55]), oder in einer besondern Relativität des Theilungsprinzips [56]); beydes ohne Grund. Die Geburt eines postumus, dem man ein Legat aussetzt, wird wenigstens eben so gewiß erwartet, als die Annahme eines Vermächtnisses von einem zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Menschen; und so gut ein todtes Kind zur Welt kommen kann, kann der Legatar vor dem Erblasser oder vor der Testamentseröffnung sterben, incapax werden, oder das

54) l. 7. D. de reb. dub. (34, 5).

55) z. B. Faber de err. Pragm. dec. 49. err. 5.

56) z. B. Heisler, der blos dieß partes indeterminatae, den Ausdruck aequis partibus dagegen determinatae nennt. Er nimmt ein jus accr. unter verbis conjunctis nur dann an, wenn sie durch das Hinzurufen eines Dritten weniger bekommen, als der Erblasser anfänglich ihnen geben zu wollen schien. Dieß hält er für einen Mittelweg, in der That aber spricht er dadurch den verb. conjunctis, als solchen, alles jus accr. ab, denn aus jenem Grunde haben es nach l. 41. D. de leg. II. auch solche, die anfänglich ganz disjunctim scripti sind.

Legat ausschlagen [57]). Der Ausdruck „Kopftheile" aber ist nicht mehr relativ als aequis partibus, sondern bedeutet ganz dasselbe, nämlich daß die Theile unter einander in einem bestimmten Verhältniß, also hier in dem der Gleichheit stehn sollen, daß aber ihre Größe sich nach der Zahl der Concurrenten richten soll, und nicht durch solche beschränkt werde, deren Concurrenz zwar jetzt als möglich erwartet wird, aber später wegfällt [58]).

---

57) das einem todtgebornen postumus ausgesetzte Legat galt pro non scripto l. 129. D. de V. S. (50, 16.); er sollte aber da, wo überhaupt kein jus accr. Statt fand, nämlich beym leg. damn., doch partem facere l. 16. pr. D. de leg. I. (30). In den Basiliken bildet diese Stelle mit dem oben angef. §. 2. einen offenbaren Widerspruch, da beyde neben einander stehen, ohne daß in der Uebersetzung die Verschiedenheit der Legatsformen ausgedrückt wäre.

58) Daher heißt es l. 145. D. de V. S. (50, 16). „Virilis appellatione interdum etiam totam hereditatem continere dicendum est." — Cujacius erkennt es an, daß virilibus partibus ganz dasselbe sey, wie aequis partibus, meynt aber, daß in diesen Beyspielen die Conjunction die Hauptsache sey, „data opera" geschehe, und die Bestimmung der gleichen Theile nur Andeutung. Wie aber zu erkennen sey, ob die Verbindung data opera geschah oder nicht, weiß Cujacius nicht anzugeben; er setzt sie blos dem compendium orationis entgegen, wovon er die l. 66. D. de her. inst. unbedingt versteht. Er scheint sich aber mehr dahin zu neigen, das jus accr. unter verb. conjunctis als Regel anzunehmen, er sagt z. B. ad §. 8. J. de leg.: sed maxime abhorret ab hominis

§. 24.

Recht der re conjuncti.

Diese Frage scheint in so fern viel leichter zu beantworten, als die vorige, weil der Begriff der re conjuncti ganz einfach und unbestritten ist; dennoch ist es in der That schwer, bei der Unbestimmtheit und Zweydeutigkeit der Gesetze, zu einem sichern Resultat darüber zu gelangen, und ich werde mich zunächst hauptsächlich bemühen, die Gründe, aus welchen das Vorzugsrecht der re conjuncti behauptet oder geläugnet wird, oder werden kann, einander gegenüber zu stellen.

Ein Testament ist gültig und juristisch vollständig, sobald ein Erbe darin ernannt ist. Wurde er ohne Bestimmung eines Theiles genannt, so ist er schon nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers heres ex asse, ist er auf eine Quote angewiesen, ohne daß der Rest an andre Erben vertheilt wird, so accrescirt ihm auch dieser, und die Erwähnung der Quote wird nicht beachtet. So haben also die früher berufenen Erben immer ein eventuelles Recht auf den Rest, falls dieser unvertheilt bleiben sollte, und dieß Recht wird wieder wirksam, wenn eine Quote zwar vertheilt ist, aber von der dazu

---

constantia frustra aliquid et sine causa facere, igitur in dubio eos sine causa testator conjunxisse non videtur." — Obs. 24, 34: „at in dubio sane vel conjunxisse eos vel non frustra conjunxisse homo sanus videtur."

bestimmten Person nicht erworben werden konnte oder wollte; daher sind alle Erben unter sich re conjuncti. Wird also jemand durch eine specielle re conjunctio auf die Quote eines Erben angewiesen, so wird er dadurch auch re conjunctus mit allen andern, kann ihnen aber das eventuelle Recht auf den Theil seines conjunctus dadurch nicht abstreiten. So muß man sich die Sache vorstellen, wenn man sich das Testament in seiner Entstehung denkt. Bey der Delation wird auf dieß successive Entstehen gar keine Rücksicht genommen, sondern sie geschieht nach der Vertheilung, welche das Resultat des ganzen Testaments ist. Nur dann wenn ein Erbe deficirt, geht man wieder auf die Art zurück, wie das Testament entstand, um daraus auf den wahrscheinlichen Willen des Testirers für solche Fälle zu schließen. Hier kann dann aber jeder Erbe sein eventuelles Recht auf die Portion des Wegfallenden geltend machen, wenn dieser nicht dergestalt mit einem Andern verbunden ist, d. h. re et verbis oder verbis, daß gleich von Anfang ihre Concurrenz der einzige Grund war, warum nicht jeder von ihnen diese ganze Quote erhielt, indem sie in unum corpus redacti waren und unius personae vice funguntur; denn hier gäbe es während der ganzen Testamentserrichtung keinen Augenblick, wo die ernannten Erben die Hoffnung erworben hätten, beym Wegfallen des späteren ihr eventuelles Recht auf dessen Quote wieder eintreten zu lassen, da hier gleich sein conjunctus an die Stelle treten würde. Bey einer bloßen Realverbindung war aber nach der Einsetzung

des ersten Erben ein solcher Augenblick auf jeden Fall vorhanden, denn mag der 2te auch noch so ausdrücklich auf die Quote des früheren angewiesen seyn, so kann er dadurch doch niemals verbis conjunctus, sondern in Beziehung auf Accretion nichts anders werden, als was die übrigen Erben schon vorher waren, nämlich re conjunctus. So ist also die conjunctio re nichts anders als eine theilweise Translation [5]). Denn

---

59) Auch bey der Vertheilung der Erbschaft wird sie so betrachtet. Wie viel einer von mehreren Erben bekommen wird, kann man selbst bey dem zuerst eingesetzten erst dann beurtheilen, wenn das Testament ganz fertig ist. Die Bestimmung der Quote für den ersten Erben ist nur provisorisch; wird das as nicht ganz vertheilt, so bekommt er vom Rest auch einen verhältnißmäßigen Theil, wird dagegen ein dupondium gemacht, oder wenigstens mehr als ein Ganzes vertheilt, so wird ihm noch abgezogen; endlich kann ihm noch ein re conjunctus aufgedrungen werden. Daher kann eigentlich kein Erbe sich auf das berufen, was ihm ursprünglich den Worten des Testaments nach zugeschrieben ist, sondern nur auf das, was die Delation für ihn ausweist, und nur auf diese ist die Real-Verbindung von Einfluß. Ganz anders bey der Verbal-Verbindung und der mixta; diejenigen, die sogleich von Anfang in einen engen Verband gebracht wurden, sind auch unzertrennlich darin; das Schicksal des Einen betrifft zunächst nur die Uebrigen; sie bilden eine moralische Person, die auch durch Ein Individuum noch in allen ihren Rechten aufrecht erhalten werden kann. Bey einer solchen Verbal-Verbindung hat man durchaus auf die einzelnen Erbeseinsetzungen zu sehen, wie sie nach einander

sie läßt sich hier nicht anders denken, als mit ausdrücklicher Beziehung auf den ersten conjunctus, dem die Quote ursprünglich ganz angewiesen war, da hingegen beym Legate nur dieselbe Sache bezeichnet zu seyn braucht, ohne die Person zu nennen oder an sie zu denken, welcher sie zuerst zugewiesen war. In so fern kann man auch bey Erben, die re conjuncti sind, nie sagen, daß ihnen ab initio solidum datum sit, d. h. der ursprünglichen Absicht des Erblassers nach, die sich blos auf den Fall der wirklich eintretenden Concurrenz dahin änderte, daß jeder nur einen Theil bekam; denn, geht man auch, nachdem die Delation sich ändern mußte, auf den Gedanken des Erblassers zurück, dessen successiver Ausdruck das Testament ist, so wird ein später im Testamente wieder geänderter Wille so gut als nie verhanden betrachtet, und die re conjuncti sind hier durchaus nicht anders als völlig separati zu betrachten. Daß man diese bey Legaten allerdings auch mögliche Ansicht dort nicht befolgte, kommt daher, daß man sich mehr an die Wortform hielt, die beym Vindicationslegate offenbar für das jus accr. sprach, so wie von einer Präsumtion oder Fiction, daß der Erblasser bey Aussetzung

---

im Testamente entstehen, da sie nachher nie mehr nachgeholt werden kann. Real-Verbindungen dagegen können erst gefunden werden, wenn das Testament fertig ist und als ein Ganzes beurtheilt wird. So sind in l. 41. de leg. II. die beyden ersten auf keinen Fall verb. conjuncti, re conjuncti sind sie auch nicht dem ersten Anschein nach, sie werden es aber später durch das Hinzurufen des Dritten.

des zweyten Legats an das erste nicht mehr gedacht habe. Bey einer Real-Verbindung unter Erben dagegen ist die l. 80. de leg. III. durchaus nicht anwendbar. Der Erblasser kann natürlich durch eine ausdrückliche Anordnung ein jus accr. unter re conjunctis hervorbringen, aber, geschieht dieß nicht, so ist die Präsumtion dagegen, denn sein ursprünglicher Gedanke konnte es nicht seyn, dem zweyten das Ganze anzuweisen, da er ihn auf eine Quote anwieß, die er nur durch die Bemerkung bezeichnen konnte, daß sie einem Andern schon gehöre, und, war es seine ursprüngliche Absicht, diesem Ersten die Portion ganz zu gönnen, so änderte er offenbar später seinen Willen, und dieser geänderte Wille kann nur allein in Betracht kommen. Er kann später ein solches enges Verhältniß, wie es die Verbal-Verbindung erzeugt, da er diese selbst versäumt hat, noch durch gegenseitige Substitution hervorbringen, er mußte aber in jedem Falle voraussehen, daß jeder nur die halbe Quote bekommen könne, und sagt er nicht ausdrücklich, daß er dieß nur für den Fall der Concurrenz wolle, so wäre es hier unwahrscheinlich dieß vorauszusetzen; das ist eine Auslegungsregel, welche die höchste Wahrscheinlichkeit für sich hat. — Die bisher vorgetragene Ansicht ist eine Ausführung dessen, was Thibaut[60]) in wenigen Worten darüber gesagt hat. Dagegen läßt sich aber hauptsächlich einwenden, daß den verschiedenen Arten der Conjunctionen doch gewöhnlich etwas mehr zum Grunde

---

60) im Archiv für civil. Pr. Bd. 7. p. 410.

liegt, als ein willkührliches Spiel mit Wortformen. Bekanntlich giebt Celsus die Regel, daß man aus einer conjunctio zu schließen habe, daß ein bestimmtes Legat oder Erbtheil einem jeden von Mehreren ganz zugedacht wäre, daß sie aber darunter sich theilen müssen, weil der Grund, sie so zu bedenken, bey Mehreren auf dieselbe Art Statt fand. Hier kann es nun entweder seyn, daß dem Erblasser gleich bey Vertheilung der Quoten, die Mehreren vor der Seele standen, und dann entstand eine conjunctio re et verbis; eben so möglich war es aber, daß es ihm erst später einfiel, einen Andern zur Concurrenz mit demjenigen zu berufen, dem er anfänglich eine Quote allein ausgesetzt hatte; eine conjunctio verbis konnte er nun nicht mehr hervorbringen, wohl aber eine Real-Verbindung, und wenn nur dieß, daß die Paßlichkeit dieser Concurrenz ihm erst später einfiel, der Grund des Unterschiedes war, so mußte offenbar seinem Willen nach diese Real-Verbindung ganz wie die re et verbis beurtheilt werden, und so etwas ist gewiß eher anzunehmen, als daß er seinen Willen so plötzlich geändert habe, daß er in demselben Testamente eine völlige translatio vornahm, ganz wie in der oben angeführten l. 33. D. de leg. I. von Legaten entschieden wird [61]. Man denke z. B. den Fall: „A soll mein Erbe seyn zu $\frac{2}{3}$, der Sohn meines verstorbenen Freundes B zu $\frac{1}{3}$," und später im Testamente: „da ich mich erinnere, daß

---

61) auch arg. l. 3. §. 1. D. quib. mod. usfr. (7, 4)

mein Freund B noch einen zweyten Sohn hinterlassen hat, so soll dieser auch an jenem Drittel mit concurriren;" hier war gewiß nicht die Absicht, den einen oder andern von ihnen auf $\frac{1}{6}$ zu beschränken, für den Fall, daß sein Bruder deficirte. Noch deutlicher zeigt sich dieß, wenn die Erben sine parte eingesetzt waren; es hieß z. B.: „A soll mein Erbe seyn, B soll mein Erbe seyn, C soll an A's Theil concurriren rc." Hier kann an eine ademtio kaum gedacht werden, da sich noch gar nicht bestimmen ließ, wie viel A bekommen würde; nur so viel war dadurch gesagt, daß durch C's Einsetzung die Uebrigen durchaus nicht geschmälert werden sollten, sondern daß er mit A zusammen sich mit so viel begnügen mußte, als jeder der Andern für sich bekam; fiel aber C weg, so sollte nun wieder A allein so viel haben, als jeder andere Erbe.

In den Gesetzen finden sich über diese Frage überall nur zwey, sehr verschiedener Deutung fähige, Stellen:

l. 17. §. 1. D. de her. inst. (28, 5) Unde idem (Sabinus) tractat: si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his qui sine parte fuerunt repudiaverit, utrum omnibus semuncia an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat, sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto, nam quantum ad jus accrescendi non sunt conjuncti qui sine parte instituuntur, quod et Celsus probat. §. 2. Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte heredes

scripserit, neque hos neque illos conjunctos.

§. 10. C. de cad. toll. „Non tantum conjunctivo modo quaedam relinquuntur, sed etiam disjunctivo. In his itaque, si quidem coheredes sunt omnes conjunctim vel omnes disjunctim et vel instituti vel substituti, hoc quod fuerit quoquo modo evacuatum aliis coheredibus pro hereditaria parte acquiratur. Sin vero quidam ex heredibus permixti sunt, et alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati, tunc, si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omni modo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, i. e. pro parte hereditatis, quae ad eos pervenit. Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquid evanescat, hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes tam conjunctos quam etiam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat. Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, et partem conjunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant; disjuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti, ut suum quidem habeant, alienam autem non soli appetant, sed cum omnibus heredibus suis accipiant. Et haec in heredibus tantummodo statuenda sunt.

In §. 11. eod. werden dieselben Ausdrücke conjuncti, disjuncti von Legataren gebraucht, und zwar so, daß auch den disjunctis ein Anwachsungsrecht zugeschrieben wird. Daraus sieht man, daß Justinian den bey Legaten besonders üblichen und von ihm in den Institutionen allein erwähnten Sprachgebrauch im Auge hatte, unter disjuncti die re conjuncti zu verstehen. Dieser Grund allein würde freylich die Zweydeutigkeit in §. 10. nicht aufheben: daß aber auch hier derselbe Sprachgebrauch anzunehmen ist, scheint mit Recht daraus gefolgert zu werden, weil es einestheils unverzeihlich wäre, wenn Justinian zwey Zeilen vorher diese Wörter in einer ganz andern Bedeutung brauchte, ohne sich irgend darüber zu erklären; auch wäre es höchst sonderbar, wenn in der Einleitung „non solum conjunctivo modo quaedam relinquuntur sed etiam disjunctivo" nur gesagt seyn sollte, daß zuweilen die gewöhnliche Vertheilung von Quoten geschehe, denn dieß war ja das ganz Gewöhnliche; dagegen konnte es zweckmäßig seyn, daran zu erinnern, daß außer der gewöhnlichen Verbindung in einem Satze („non tantum — sed etiam") zuweilen auch bey Erbschaften die bey Legaten so häufige Real-Verbindung vorkomme. Im ersten Satze „in his itaque" haben wir uns also für die conjunctio den Fall zu denken: „A, B und C sollen meine Erben seyn," und für die disjunctio etwa: „A soll mein Erbe seyn, B soll mein Erbe seyn, C soll an A's Theil concurriren." Das „pro hereditaria parte" ist ein ganz allgemeiner, auch das Verhältniß der Gleichheit umfassen-

der Ausdruck, bey dem zweyten Beyspiel findet er schon seine Anwendung, denn hier bekommt A $\frac{1}{2}$, B $\frac{1}{4}$, C $\frac{1}{4}$, und wenn B wegfällt, A $\frac{2}{3}$, C $\frac{1}{3}$, bey der conjunctio ist er ziemlich überflüssig, jedoch dann nicht, wenn wir, wie es geschehen muß, auch die verbis conjuncti als Nebenart darunter begreifen, wobey ungleiche Theile sich sehr wohl denken lassen. Im folgenden Satze „sin vero quidam" wird von der Concurrenz der Verbindungen gesprochen, z. B. „A soll mein Erbe seyn, B und C sollen meine Erben seyn, D soll an A's Portion concurriren." Fiele hier B weg, so käme sein Theil an C, fiele dagegen A weg, so accrescirt sein Theil allen Uebrigen. Wollte man hier unter disjuncti solche verstehen, die auch nicht re conjuncti sind, wie in dem Beyspiele: „A soll mein Erbe seyn zu $\frac{1}{3}$, B zu $\frac{1}{3}$, C und D zu $\frac{1}{3}$," so wäre es gar zu unnöthig, noch besonders zu bestimmen, daß, wenn A wegfällt, nicht B allein sein Theil accrescire, sondern auch dem C und D, daß keiner von diesen alienam solus appetere solle, denn daß conjuncti zusammen eine Person bilden, d. h. nicht nur unter sich in einem engern Bande stehen, sondern auch zusammen gegen Andre dieselben Rechte haben, wie jeder Einzelne, war gar zu bekannt, und diesem Gesetze würde an Abgeschmacktheit dann nur Vivian's casus zu l. 89. de leg. III. entsprechen, wo derselbe Fall ausdrücklich von Paulus entschieden seyn sollte. — Mit dieser Ansicht läßt sich die citirte Pandectenstelle etwa so in Uebereinstimmung bringen: mehrere ohne Bestimmung einer Quote eingesetzte Erben sind auf jeden Fall re

conjuncti, entweder auf die ganze Erbschaft, oder auf den übrigen noch nicht vergebenen Theil derselben. Eben so wenn ein as vertheilt war, und es wurden noch zwey Erben sine parte eingesetzt, so waren beyde augenscheinlich auf ein zweytes as re conjuncti. Sonst nämlich hätte hier, wo man fingirte, die Erbschaft könne aus mehreren Ganzen bestehen, jeder der beyden ein as für sich erhalten müssen, da er den Worten nach so viel haben sollte, als diejenigen zusammen, unter welche das erste as vertheilt war, also $\frac{1}{3}$ der Erbschaft. Dieß wird aber ausdrücklich verneint; vielmehr sollte hier eine re conjunctio angenommen, also beyde auf die Hälfte der Erbschaft beschränkt werden. Ein Vorzugsrecht sollten sie aber darum doch nicht haben, das Anwachsungsrecht, welches unter ihnen eintrat, sollte, wie ausdrücklich gesagt wird, nicht aus ihrer Verbindung hergeleitet werden, weil diese allein es nicht hätte hervorbringen können, sondern nur so Statt finden, wie überhaupt unter Erben, welche ganz separatim scripti sind.

Doch es ist Zeit, nach diesem allgemeinen Raisonnement zu einer genaueren Erklärung beyder angeführten Stellen überzugehen. Die Ansicht nämlich, daß re conjuncti ein Vorzugsrecht haben, läßt sich vollkommen rechtfertigen, wenn man nur Justinian's Versprechen, die ganze Lehre von Conjunctionen erschöpfend abzuhandeln, nicht allzu genau nimmt, wodurch man ihm, wie die bisherige Prüfung dieser ganzen Constitution wohl gezeigt haben wird, in der That zu viel Ehre erwiese. Sieht man zunächst auf den von Legaten han-

delnden §. 11., so werden unter den conjunctis offenbar nur die re et verbis und verbis conjuncti verstanden, im Gegensatze der re conjuncti, die hier disjuncti heißen; von Vorzugsrechten im Falle der Concurrenz mehrerer Verbindungsarten, wovon man bey einer andern Stelle so viel gefabelt hat, wird auch hier gar nichts erwähnt. Wenn es nun nicht wahrscheinlich ist, daß Justinian da, wo er von Erben redet, eine ganz andere Terminologie anwenden wollte, indem er die dadurch entstehende Verwirrung doch selbst hätte fühlen müssen, so läßt sich annehmen, daß er auch hier bey den einfachsten Fällen stehen blieb, also da, wo alle disjuncti waren, etwa das Beyspiel im Sinne hatte: „A soll mein Erbe seyn, B soll mein Erbe seyn ꝛc." (wobey freylich auch die Bestimmung gewisser Quoten keine Veränderung hervorbrachte), unter dem Falle, wo alle conjuncti waren, sich etwa dachte: „A, B und C sollen meine Erben seyn." Die einfachste Zusammensetzung wäre daher: „A soll mein Erbe seyn, B soll mein Erbe seyn, C und D sollen meine Erben seyn." In diesem Beyspiele wäre die bey Legaten geltende Terminologie ganz beibehalten, und nur A und B unter den disjunctis zu verstehen. Hätte nun etwa B beym Wegfallen von A gemeynt, wenn conjuncti ein Vorzugsrecht hätten, so sollten es disjuncti unter sich auch haben, wenn also er und sein disjunctus A beym Wegfallen von C nichts erhielten, sondern D allein, so sollen wenigstens C und D auch nichts von ihnen bekommen, sondern er wolle A's Portion allein haben, so hätte man ihm be-

deutet, daß das disjunctum esse kein Vortheil seyn könne, daß C und D zu A in demselben Verhältnisse stehe, wie er selbst, und daß aus dem Recht von C's Portion nichts zu bekommen, für ihn nach dem Willen des Erblassers weiter kein Vorzug hergeleitet werden könne. Wollte Justinian dieß sagen, so sagte er etwas sehr Wahres und Vernünftiges, nur hätte man nach seiner Ankündigung, daß er die ganze Lehre latius et cum subtiliori tractatu dirimere wolle, allerdings etwas Wichtigerers erwarten können, als diesen so einfachen und sich von selbst verstehenden Satz. Dachte er dagegen bey den disjuncti an solche, die unter sich speciell re conjuncti waren, und wäre es irgend seine Absicht gewesen, ihnen das Vorzugsrecht abzusprechen, so hätte er gewiß gesagt: die deficirende Portion solle sowohl der re conjunctus, als alle Andern, die ganz separati sind, haben, mögen sie unter sich conjuncti seyn oder nicht, denn in Beziehung auf die re conjuncti waren andre re et verbis conjuncti ganz als separati zu betrachten; er bemerkt aber nur, daß sowohl die conjuncti als die disjuncti das Recht auf diesen Theil haben sollen.

Auch die angeführte l. 17. §. 1. läßt sich allein durch die Annahme eines Vorzugsrechts unter re conjunctis ganz ungezwungen erklären. In einem Testamente nämlich, welches die einfachste Form irgend jemand zum heres ex asse zu ernennen einmal überschreitet und mehrere Erben einsetzt, giebt das bloße „Titius heres esto" auch abgesehen von allen später eingesetzten

Erben noch gar kein Recht auf eine bestimmte Quote. Hat der Erblasser ausser diesem Titius einmal noch einen andern Erben ernannt, so kann man eben so gut erwarten, daß er auch hierbey nicht stehen bleiben, sondern deren noch mehrere ernennen wird. Daher braucht es gar nicht seine Absicht zu seyn, dem Titius die ganze noch unvertheilte Erbschaft zu geben; die Quote worauf er ihn einsetzen wollte, sollte sich erst am Ende des Testaments ausweisen. Daher war zwar gewiß, daß er mit andern sine parte Eingesetzten den Rest der Erbschaft theilte, daß er aber durch ihre Berufung verloren habe, konnte er nicht behaupten, da der Erblasser wahrscheinlich nie die Absicht gehabt hatte, ihn auf den ganzen Rest einzusetzen, sondern es recht wohl voraussah und beabsichtigte, wie viel er bekommen würde. Der Unterschied zwischen diesem Falle und dem wo es hieße: „auf die letzte Unze setze ich den A ein, B soll zu derselben Unze berufen seyn" ist auffallend genug; blos im letztern Falle wäre A durch die Concurrenz von B an seinem Antheil verkürzt, im erstern durchaus nicht. Wird ihm also in l. 17. §. 1. ein Vorzugsrecht abgesprochen, so kann man a contrario wohl schließen, daß es ihm im andern Falle zugestanden haben würde. Bey der Vertheilung der Erbschaft wurden sie als conjuncti auf den Rest der Erbschaft betrachtet, den sie unter sich zu theilen hatten; zum jus accr. genügte aber diese erst durch Rechnung herausgebrachte Verbindung nicht, sondern da hätte jedem das Ganze, nämlich die letzte Unze namentlich zugetheilt werden müssen. Dasselbe war der

conjuncti, entweder auf die ganze Erbschaft, oder auf den übrigen noch nicht vergebenen Theil derselben. Eben so wenn ein as vertheilt war, und es wurden noch zwey Erben sine parte eingesetzt, so waren beyde augenscheinlich auf ein zweytes as re conjuncti. Sonst nämlich hätte hier, wo man fingirte, die Erbschaft könne aus mehreren Ganzen bestehen, jeder der beyden ein as für sich erhalten müssen, da er den Worten nach so viel haben sollte, als diejenigen zusammen, unter welche das erste as vertheilt war, also ⅓ der Erbschaft. Dieß wird aber ausdrücklich verneint; vielmehr sollte hier eine re conjunctio angenommen, also beyde auf die Hälfte der Erbschaft beschränkt werden. Ein Vorzugsrecht sollten sie aber darum doch nicht haben, das Anwachsungsrecht, welches unter ihnen eintrat, sollte, wie ausdrücklich gesagt wird, nicht aus ihrer Verbindung hergeleitet werden, weil diese allein es nicht hätte hervorbringen können, sondern nur so Statt finden, wie überhaupt unter Erben, welche ganz separatim scripti sind.

Doch es ist Zeit, nach diesem allgemeinen Raisonnement zu einer genaueren Erklärung beyder angeführten Stellen überzugehen. Die Ansicht nämlich, daß re conjuncti ein Vorzugsrecht haben, läßt sich vollkommen rechtfertigen, wenn man nur Justinian's Versprechen, die ganze Lehre von Conjunctionen erschöpfend abzuhandeln, nicht allzu genau nimmt, wodurch man ihm, wie die bisherige Prüfung dieser ganzen Constitution wohl gezeigt haben wird, in der That zu viel Ehre erwiese. Sieht man zunächst auf den von Legaten han-

delnden §. 11., so werden unter den conjunctis offenbar nur die re et verbis und verbis conjuncti verstanden, im Gegensatze der re conjuncti, die hier disjuncti heißen; von Vorzugsrechten im Falle der Concurrenz mehrerer Verbindungsarten, wovon man bey einer andern Stelle so viel gefabelt hat, wird auch hier gar nichts erwähnt. Wenn es nun nicht wahrscheinlich ist, daß Justinian da, wo er von Erben redet, eine ganz andere Terminologie anwenden wollte, indem er die dadurch entstehende Verwirrung doch selbst hätte fühlen müssen, so läßt sich annehmen, daß er auch hier bey den einfachsten Fällen stehen blieb, also da, wo alle disjuncti waren, etwa das Beyspiel im Sinne hatte: „A soll mein Erbe seyn, B soll mein Erbe seyn ꝛc." (wobey freylich auch die Bestimmung gewisser Quoten keine Veränderung hervorbrachte), unter dem Falle, wo alle conjuncti waren, sich etwa dachte: „A, B und C sollen meine Erben seyn." Die einfachste Zusammensetzung wäre daher: „A soll mein Erbe seyn, B soll mein Erbe seyn, C und D sollen meine Erben seyn." In diesem Beyspiele wäre die bey Legaten geltende Terminologie ganz beibehalten, und nur A und B unter den disjunctis zu verstehen. Hätte nun etwa B beym Wegfallen von A gemeynt, wenn conjuncti ein Vorzugsrecht hätten, so sollten es disjuncti unter sich auch haben, wenn also er und sein disjunctus A beym Wegfallen von C nichts erhielten, sondern D allein, so sollen wenigstens C und D auch nichts von ihnen bekommen, sondern er wolle A's Portion allein haben, so hätte man ihm be-

Fall, wenn sie, wie in §. 2. eod., ein ganzes zweytes as zusammen bekamen. Wenn nach Vertheilung eines as noch ein Erbe sine parte eingesetzt wurde, so hatte dieß nur die Folge, daß die Theile der früheren Erben um die Hälfte kleiner wurden, dadurch war die ganze Hälfte der Erbschaft eröffnet, und man konnte erwarten, daß der Testirer wie oben zu den ersten, so jetzt zu diesen 6 Unzen noch mehrere Erben berufen würde, diese waren also so wenig wie die obigen in §. 1. conjuncti, aber auch die auf das erste as eingesetzten Erben waren es nicht, denn so wie der Erblasser noch einen Erben ausser ihnen ernannte, so zeigte er, daß er von seiner Befugniß, die Erbschaft in 24 Unzen zu theilen, Gebrauch machen wollte, und dieß wirkte natürlich rückwärts, so daß die früheren Erben nie auf andre Unzen als auf solche berechtigt gewesen waren, von denen 24 auf ein as gehen, und also kein Vorzugsrecht als re conjuncti hatten. Diese Ansicht von unsrer Stelle hat auch Göschen[62]), Zimmern[63]) läßt sich verleiten, mit vielen Andern[64]) anzunehmen, daß die zwey Erben sine parte re et verbis conjuncti seyen; dieß, meynt er, liege am nächsten, und man dürfe nicht willkührlich die Ergänzung anneh-

62) observ. jur. Rom. p. 101 — 105.

63) in s. Untersuchungen p. 99.

64) die dort citirt sind; auch Goveanus nro. 19. Ebenso grundlos ist die Annahme von Majansius D. 38. § 14. daß die beyden ersten Erben, jeder auf 11 Unzen eingesetzt seyen.

men, daß sie getrennt von einander eingesetzt seyen. Ein Irrthum kann aber dadurch allein nicht Wahrheit werden, daß er nahe liegt, und es ist noch viel weniger erlaubt, willkührliche Beschränkungen und Singularitäten, wie eine conjunctio doch immer ist, anzunehmen, zumal wenn diese auf unrichtige und andern Stellen widersprechende Resultate führen. Der Fall in §. 2. eod. ist diesem ganz ähnlich, und doch wird geläugnet, daß die beyden auf ein zweytes as eingesetzten conjuncti seyen; wie wäre dieß möglich, wenn es hieße: „A und B sollen meine Erben seyn auf 12 Unzen, C und D sollen meine Erben seyn"? Auch der Zweifel in §. 4. eod. ob die beyden sine parte Eingesetzten jeder zu einem as berufen seyen, wäre gar nicht möglich gewesen, wenn sie verbunden wären, denn aus dem Satze: „A und B sollen meine Erben seyn", konnte niemand schließen, daß jeder von ihnen den Worten nach zu dem Ganzen berufen sey. Man sieht, daß in allen diesen Fällen gerade an eine getrennte Einsetzung gedacht werden muß, sonst wäre es auch in §. 1. eben so leicht, wie in §. 4. gewesen, zu sagen: „duo conjunctim sine parte", und der Zweifel war nur der, ob es genüge, wenn eine Real-Verbindung darin besteht, daß man bey der Vertheilung die auf bestimmte Quoten eingesetzten Erben zuerst abfindet, und den übrigen die Vertheilung des Restes unter sich überläßt, oder ob jeder von diesen namentlich auf den ganzen Rest angewiesen seyn muß. Daß es im letztern Falle, wenn nur diese Beziehung von Mehreren auf ein Ganzes ausgedrückt ist, einerley sey,

ob die Größe des Ganzen selbst genannt ist, oder nicht, folgt bestimmt aus l. 63. eod. l. 142. D. de V. S.

Ob nun in den übrigen Stellen die vom Vorzugsrechte der conjuncti handeln, gerade an die re conjuncti ausdrücklich gedacht sey, ist schwer zu entscheiden. In einer Stelle jedoch glaubte ich dieß angedeutet zu finden, nämlich:

l. 15. pr. D. de her. inst. (28, 5) Julianus refert: si quis ita heredem scripserit: Titius ex parte dimidia heres esto, Sejus ex parte dimidia; ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto: dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Sejum et Sempronium conjungere. Quod est verius et ideo conjunctim videri eos institutos. Sic fiet ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant.

Weil das ganze as schon vertheilt war, und zwar auf eine Art, die der Erblasser leicht berechnen und übersehen konnte, wurde hier eine Realverbindung angenommen. Sollte damit nichts weiter bewirkt seyn, als daß C die Hälfte von A's Portion erhielt, so wäre es eine lästige Weitschweifigkeit, dieß dreymal zu wiederholen. Lieber nehme ich daher den Sinn an, der in folgender Uebersetzung liegt: „man könne zweifeln, ob er die Erbschaft in drey gleiche Theile zerlegen, oder den Sejus und Sempronius zusammen auf eine Hälfte anweisen wollte. Dieß letzte ist eher anzunehmen, da-

her sind sie in jeder Beziehung als conjuncti zu betrachten. Eine Folge davon ist, daß Titius die eine Hälfte, diese beyden zusammen die andere bekommen." — Die andre Folge wäre nämlich die, daß sie ein Vorzugsrecht bey der Accretion haben. Ueberblicken wir alle von Conjunctionen redenden Stellen im Zusammenhange, so finden wir, daß überhaupt die re conjuncti unter Erben niemals als disjuncti bezeichnet, und so den andern Arten entgegengesetzt werden; daher sind wir wegen l. 142. de V. S., welche die verschiedenen Formen der Conjunction angiebt, durchaus nicht berechtigt, die allgemein von conjunctis redenden Stellen willkührlich auf die eine oder andere Art zu beschränken, und hiernach wären wir verpflichtet, diese Terminologie auch in §. 10. C. de cad. toll. anzuwenden, unbekümmert um den andern in §. 11. von Legaten gebrauchten und dort allein üblichen Sprachgebrauch; denn so gut wie Justinian in derselben const. bey Erwähnung von Fällen, wo das pro non scripto geltende cum onere accrescirt, sich auf die Pandecten beruft, aus denen man diese Fälle zusammensuchen soll, konnte er auch voraussetzen, daß man über den Ausdruck conjuncti in den Pandecten die Belehrung in Beziehung auf Erben finden werde, da alle Beyspiele in l. 142. de V. S. nur von Erben handeln, so wie über denselben Begriff bey Legaten in seinen Institutionen, da beyde Rechtsbücher fünf Monate vorher publicirt waren. Ungefähr derselben Ansicht, daß nämlich kein Grund vorhanden sey, die von conjunctis bey Erben redenden Stellen auf re et

verbis conjuncti zu beschränken, ist auch Zimmern; nur befolgt er diesen richtigen Satz schlecht; indem er mit noch größerer Willkühr und ohne allen Grund und Analogie das conjunctim auf die re und re et verbis conjuncti zusammen beschränkt, ein Sprachgebrauch der in keiner einzigen Stelle seine Bestätigung findet, und zu heillosen Verwirrungen Veranlassung geben müßte.

§. 25.

Erklärung von l. 89. D. de leg. III. und l. 41. pr. D. de leg. II.

Zu dem durch seine Einfachheit und Gleichförmigkeit von den bisherigen Ansichten sehr abweichenden Resultate, daß conjuncti in jeder der 3 Formen ein Vorzugsrecht bey der Accretion haben, suchten wir zu gelangen, ohne auf zwey Stellen Rücksicht zu nehmen, welche in allen Schriften über das jus accr. die wichtigste Rolle gespielt [65]) und beynahe von jedem Schriftsteller, der überhaupt eines eignen Gedankens fähig war, eine verschiedene Auslegung erduldet haben. Gewiß ist es nicht der geringste Gewinn, den auch der dogmatische Theil der Wissenschaft durch Gajus erhalten hat, daß eine dieser Stellen eine einfache

65) Seit Bartolus wurde es unter den Commentatoren gewöhnlich bey diesen Stellen die ganze Lehre vom jus accr. systematisch, wenigstens unter vielen Nummern abzuhandeln.

ganz unzweifelhafte Erklärung durch ihn erhalten hat, welche freylich niemand ahnen konnte, die aber eine willkommene Bestätigung für unsere Beantwortung der bestrittensten Fragen in dieser Lehre enthält. Diese Stellen sollen nun zum Beschluß noch erläutert, und dabey die hauptsächlichsten früheren Erklärungsversuche auch angeführt werden.

l. 89. D. de leg. III. (32.): Paulus lib. 6. ad legem Juliam et Papiam. „Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re: Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego, quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo caeteris qui et re et verbis conjunctus est, quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjuntus est, re autem non, quaestionis est an conjunctus potior sit? et magis est ut et ipse praeferatur.

l. 41. pr. D. de leg. II. (31): Maevio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego, eundum fundum Titio lego. Si Sejus decessit, pars ejus utrique adcrescit, quia cum separatim et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quae cessat, pro portione legati cuique, eorum quibus fundus separatim legatus est, accrescat.

Die Erklärung der ersten Stellen hat eine eigene

Geschichte, deren erste Periode bis auf Vivianus, die zweyte bis auf die Entdeckung von Gajus, und die dritte von dort an zu rechnen ist. Die Worte „praefertur igitur“ verstand man allgemein von dem wegfallenden Theile quae debet legatariis accrescere, dabey mußte man sich also verschiedene concurrirende Conjunctionen unter Legataren denken, weil unter solchen, die ganz separati sind, das jus accr. überhaupt nicht Statt findet. Unter den caeteris verstand man daher den re conjunctus und verbis conjunctus. Ueber das Folgende gab es unter den Glossatoren folgende verschiedene Ansichten:

1) Joannes und Azo sagten (und ihnen folgten, nach Bartolus Zeugniß, alle Citramontani): Alles Folgende ist nur eine Erklärung der Regel, daß der conjunctus re et verbis allen vorgeht. Zuerst wirft Paulus die Frage auf, ob der conjunctus re dem conjunctus re et verbis oder dem conjunctus verbis vorzuziehen sey, und verneint sie; ferner ob der conjunctus re et verbis dem verbis conjunctus vorzuziehen sey, wird bejaht. Der dritte Fall, ob der conjunctus re dem conjunctus verbis vorgehe oder umgekehrt, sey hier übergangen, sie concurriren aber zusammen, daher sey bey „non esse potiorem“ zu suppliren conjuncto re et verbis vel verbis tantum; bey „re autem non“ — sed alius sit conjunctus re et verbis eidem bey — „an conjunctus“ sc. re et verbis. Ihnen wurde besonders entgegengesetzt, daß quodsi nie die Einleitung zu einer Erklärung sondern immer nur zu einem Gegensatze mit dem vorigen bildet, und daß die folgenden Sätze so nur eine

überflüssige Wiederholung der ersten einfachen Regel seyn würden.[66])

2) Rogerius sagte: zuerst wird verneint, daß der conjunctus re dem conjunctus re et verbis vorzuziehen sey; dann wird bejaht, daß der conjunctus re dem conjunctus verbis vorzuziehen sey; demnach ist der letzte Theil der Stelle so zu ergänzen: „quodsi re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem“ (conjuncto re et verbis) „si vero verbis quidem conjunctus sit re autem non“ (est autem alius qui re tantum conjunctus est) „quaestionis est an conjunctus“ (re tantum) „potior sit“ (conjuncto verbis) „et magis est ut et ipse praeferatur“ (re tantum conjunctus.)[67])

3) Hugolinus, dem die Transalpini folgten, erklärte die Stelle so: der re conjunctus werde dem re et verbis und dem verbis conjunctus nicht vorgezogen, dagegen gehe der verbis conjunctus dem re conjunctus vor, weil die verbis conjunctio als expressa wirksamer seyn müsse, als die tacita durch die res.

4) Accursius und Odofredus gestatteten hier

66) Jason ad l. 89. nr. 38.

67) Diese Meynung wurde schon früh als ganz unhaltbar verworfen. Jason nr. 149. Nur Goveanus de j. a. nr. 12. fand, daß sie für ihn noch gut genug oder noch schlecht genug sey. Nach ihm soll in dem Beyspiele: „den fundus vermache ich dem A, denselben dem B, denselben dem C und D zu gleichen Theilen,“ wenn A wegfällt, nur dem B accresciren!

kein Vorzugsrecht, sondern wollten, daß der verbis und der re conjunctus zusammenberufen würden nach l. 66. de her. inst. [68])

Weniger unschuldig als solche casus von Vivian, wo er eine einfache und leicht verständliche Stelle mit etwas andern Worten umschreibt, sind diejenigen seiner Erklärungen, wo er die Schwierigkeit der Anwendung allgemein aufgestellter Regeln dadurch zu umgehen sucht, daß er sie auf ein ganz besonders modificirtes Beyspiel beschränkt, oder ihnen einen Fall unterschiebt, auf den sie gar nicht passen. In unsrer Stelle soll Paulus folgenden Fall vor Augen gehabt haben: „meinen fundus vermache ich dem A und B, denselben fundus vermache ich dem C, denselben dem D, denselben vermache ich dem E und F zu gleichen Theilen." Solche Suppositionen überhaupt mögen bey einem Rescripte zuweilen nöthig seyn, um offenbare Widersprüche mit andern Stellen zu vermeiden, bey einer Pandectenstelle aber, die so ganz ohne Beziehung auf besondere Umstände das allgemeinste Verhältniß der conjuncti darstellen will, und daher eine Be-

68) Jede dieser Ansichten hat später noch einzelne Anhänger gefunden. Bolegnetus ad h. l. nr. 37. klagt noch darüber, daß Paulus vieldeutig wie ein Orakelspruch sey; er läßt alle Interessenten an einem sehr großen Acker einen Proceß wegen der Accretion vor Paulus führen, welcher „stetit multum cogitabundus, ut possit dici, quod fecerit ambiguum responsum, habens decisionem pro omnibus" und zuletzt die l. 89 als Entscheidung giebt.

griffsbestimmung der verschiedenen Arten erst unmittelbar vorausschickt, läßt sich gar nichts zu ihrer Rechtfertigung anführen, am wenigsten, wenn das fingirte Beyspiel ganz unnütze Bestandtheile enthält, und so gewählt ist, daß ganz entgegengesetzte Ansichten aus verschiedenen Gründen zu derselben Entscheidung führen. Da das Recht zur Accretion bey Legaten überhaupt nur durch eine Conjunction entsteht, so kann nur ein conjunctus ein Vorzugsrecht über den andern haben, höchstens also zwey Arten über die dritte, und da Paulus dem re et verbis und den verbis conjunctus einen solchen Vorzug (vor dem re conjunctus) zuschreibt, so wäre es eine unerträgliche Weitschweifigkeit, wenn dem re conjunctus ein Vorzug über die anderen noch einmal namentlich abgesprochen würde. Noch alberner wäre es, wenn Paulus, wie in dem obigen casus, für nöthig gefunden hätte, zu bestimmen, daß ein re conjunctus vor dem andern nichts voraus haben solle; denn wenn C starb, so waren doch in der That alle übrigen nicht weniger, als D mit ihm re conjuncti, und als solche zur Accretion berechtigt. Vivianus gehört zu derjenigen Parthei, welche den verbis conjunctis alles Anwachsungsrecht abspricht; da es ihnen nun freylich nach l. 89. deutlich zugeschrieben wird, so setzt er hier einen Fall voraus, wo sie durch das Dazurufen dritter Personen re conjuncti werden, oder vielmehr, da sie schon verbis conjuncti waren, werden sie durch diese Composition re et verbis conjuncti, und haben als solche ein Vorzugsrecht. Ob ein ganz unwesentliches, nur die äußere Form betreffen-

des Merkmal, welches den einzigen Unterschied zweyer, ihrer Bedeutung und Wirkung nach ganz gleicher Begriffe ausmacht, dadurch, daß es zu dem einen hinzugefügt wird, dessen Wichtigkeit und Einfluß noch vermehren kann, mögte sehr zu bezweifeln seyn; [69]) in dem obigen Beyspiele ist die Entscheidung deswegen ganz richtig, weil zufällig ein Beyspiel einer wahren verbis conjunctio, wo also aus diesem Grunde das jus accr. Statt fand, gewählt ist; vermuthlich würde aber auch Vivian nichts dagegen haben, daß Schöman [70]) statt dessen sagt: „von meinem Garten vermache ich dem A und B jedem die Hälfte, dem C vermache ich denselben Garten" und hier dem B ein Vorzugsrecht vor C ertheilt, eine Entscheidung, die schon dem gewöhnlichen Billigkeitsgefühl durchaus zu widersprechen scheint. Diese Erklärung der Stelle nun erhielt bald unbedingten Beyfall, und findet sich in unzähligen Wiederholungen mit denselben Worten beynahe in jeder Schrift wieder. [71]) Bynkershök [72]) ist der Einzige, welcher vermuthete,

---

69) Am wenigsten folgt dieß aus den Worten: „praefertur omnimodo re et verbis conjunctus;" denn in dem Beyspiele: „meinen fundus vermache ich dem A und B; an B's Theil soll C concurriren" würde C's Portion nicht dem A, sondern dem B accresciren, und umgekehrt.

70) Handbuch Bd. 2. p. 22.

71) Auch Govean bekehrte sich in seinen Animadversionen von Rogerius zu Vivian, und meynte, daß diese Stelle vor ihm von niemand verstanden sey!

72) Observ. l. II. cap. 3.

daß hier nicht von Vorzugsrechten, sondern von dem Rechte zur Accretion überhaupt die Rede sey; dem re conjunctus, meynte er, werde es gänzlich abgesprochen, da er auch in Ulpian. 24, 12. die Lesart annahm: „si quidem disjunctim, singulis partes debentur.“

Der Schlüssel zur richtigen Erklärung dieser Stelle liegt in dem schon früher citirten Worten bey Gaj. II, 207: „tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.“ Daß unsre Stelle in Verbindung mit l. 142. de V. S. [73]) den Commentar zu diesen Worten enthält, ist aus der Inscription

---

73) Die Annahme daß l. 89. cit. die unmittelbare Fortsetzung dieses Fragments sey, bedarf wohl keines Beweises. Sie findet sich bey den Schriftstellern, welche solche Fälle gesammelt haben, (z. B. G. Panciroli thes. var. lect. lib. I. cap. 78. in Heineccii jurispr. Rom. et Att. tom. II. — Bluhme D. de geminatis et sim. p. 63.) dagegen erwähnt sie, so viel ich weiß, kein Schriftsteller über das jus accr. Für die Interpretation ist sie nur wichtig, insofern man es oft eben so auffallend gefunden hat, daß in l. 142. die übrigen Conjunctionsarten, außer der mixta ganz übergangen werden, als daß Paulus in l. 89. nur für die re conjuncti eine ordentliche Definition hatte, dagegen die verbis conjuncti nur mit einem Beyspiele abfertigte, und ihm bey den re et verbis conj. die Lust zum Erklären vollends gar ausgegangen sey. Alles Auffallende verschwindet natürlich, sobald man sieht, daß die Stellen sich schon ursprünglich gegenseitig ergänzt haben.

und dem Inhalt evident genug, [74]) schon darum, weil die conjuncti wohl schwerlich sonst noch in der lex Papia erwähnt wurden, auch ist ganz derselbe Ausdruck „potior est“ an beyden Orten gebraucht. Die l. 89. redet also allerdings vom Vorzugsrechte der Legatare, aber nicht unter einander, sondern vor den Erben, denen in der Regel das caducum zunächst zufiel. Hierdurch bestätigt sich nun zunächst die oben aufgestellte Ansicht über die verb. conjuncti, sie sind nämlich eine Nebenart der re et verb. conj. und werden durchaus eben so wie diese behandelt; ob das Gesetz namentlich an sie gedacht habe, könnte noch bezweifelt werden, daher sagt Paulus: „quaestionis est . . . sed magis est ut et ipse praeferatur.“ Dieser Zweifel ist natürlich für uns eben so vollkommen verschwunden, als überhaupt die Meynungen der Röm. Juristen, die von ihnen selbst erst aufgestellt und noch nicht über jeden Widerspruch erhaben waren, durch ihre Reception in die Rechtsbücher das Unsichere und Recente ihrer ersten Entstehung und Ausbildung für uns verloren haben.

Wie man aber diesen Zusammenhang anerkennen und dennoch mit Schweppe [75]) den verb. conjunctis nach Aufhebung der lex Papia ein jus accr. absprechen

74) Ich freue mich, hier als Auctorität zwey Aeußerungen von Hugo anführen zu dürfen, nämlich Rechtsgeschichte X, p. 690. 693. not. 13. und Göttinger gel. Anzeigen von 1818. drittes Stück p. 31.

75) Rechtsgeschichte §. 518. a note 8.

kann, ist mir unbegreiflich. — Würde dem re conjunctus beym Damnationslegat, der also schon die ganze Sache oder ihren Werth erhalten hatte, das Vorzugsrecht abgesprochen, so wäre das durchaus nicht auffallend, auf diese Form wurde die lex Papia aber erst später durch Interpretation ausgedehnt, auch weisen die von Paulus gewählten Beyspiele gerade auf ein Vindicationslegat hin. Daß nun hier der re conjunctus doch das Recht nicht haben sollte, erklärt sich nur daraus, daß er gewöhnlich disjunctus hieß, also die Bestimmung des Gesetzes auf ihn nicht anwendbar war, und in der That ist Paulus in dieser Stelle der Einzige, welcher den bey Erben üblichen Sprachgebrauch auch auf Legatare unverändert anzuwenden versucht; durch diese Entscheidnng ist aber natürlich das Recht der re conjuncti zur Accretion überhaupt um so weniger aufgehoben, da es Justinian in l. un §. 11. C de cad. toll. ausdrücklich bestätigt, und sogar unvermeidlich gemacht hat.

Die zweyte Stelle l. 41. cit. ist offenbar sowohl in dem dort vorgelegten Falle, als in der gegebenen Entscheidung einfach und leicht verständlich, nur die Anwendung der von Conjunctionen geltendrn Regeln darauf könnte einige Schwierigkeiten machen; dennoch nennt Ripa [76] sie eine lex terribilis, Peter von Bellapertica verstand sie erst, nachdem er das Infortiatum acht mal durchgelesen hatte [77] und die verschiedenen Erklärun-

76) ad l. 89. not. 123.

77) Alciat. ad l. 89. nr. 22.

gen derselben sind nicht minder zahlreich, als die der l. 89.

1) Einige Glossatoren sagten: M. und S. sind verb. conjuncti, denn es ist so gut als ob es heiße: ich vermache ihnen den fundus zu gleichen Theilen; [78]) jeder von ihnen, so wie auch T., sollte hier anfänglich $\frac{1}{3}$ erhalten, und die wegfallende Portion den Uebrigen zu gleichen Theilen accresciren.

2) Andere, z. B. Azo, meynten, M. und S. seyen gleich anfangs auf dieselbe Hälfte angewiesen, T. sey mit ihnen verb. conjunctus, daher ihnen zusammen accrescire in dem Verhältniß ihrer anfänglichen Quote.

3) Nach Accursius und Dinus sind alle drey re conjuncti und zwar M. und S. gleich anfangs auf die erste Hälfte. Nach dieser und der vorigen Erklärung mußte also „quia et separatim partes fundi" für pars fundi stehn, und Einige halfen sich sogar dadurch, daß sie so zu lesen vorschlugen. [79])

---

78) Eben so gut könnte man natürlich sagen, sie seyen re et verbis oder re conjuncti, denn ohne das Dazurufen des Dritten hätten sie auch in diesen Fällen jeder die Hälfte erhalten. — Diese schlechteste Erklärung hat auch wieder Goveanus nr. 15. Andere z. B. Paulus de Castro hatten über die Vertheilung die richtige Ansicht, nannten aber die beyden ersten doch verbis conjuncti.

79) Baldus führt diese verschiedene Meynungen an, setzt aber nur hinzu: „secundum diversitatem terminorum omnes opiniones hic sunt verae." Diese Toleranz ist wenigstens bey der nr. 1. angeführten Erklärung zu weit getrieben.

4) Bolognetus [80]) und Cynus erklärten alle drey Legatare für disjuncti, ein Anwachsungsrecht finde aber dennoch unter ihnen Statt, weil der Erblasser den T. zu einem dupondium berufen und dadurch angedeutet habe, daß er den fundus einem jeden von ihnen lieber, als seinen Erben geben wolle.

5) Duarenus [81]) meynt, Javolenus habe selbst nicht recht gewußt, ob er den M. und S. für verb. conjuncti halten solle, wo sie dann ein Vorzugsrecht vor T. gehabt hätten; um nun keinen von ihnen unrecht zu thun, habe er alle zur Accretion zugelassen.

6) Eine sehr häufige Erklärung ist diese, daß M. und S. verb. conjuncti seyen, und als solche an sich kein Anwachsungsrecht haben, sondern es erst durch das Hinzurufen des dritten erhalten, wodurch sie, wie Thibaut [82]) sagt „wieder re conjuncti" also re et verb. conjuncti werden. Dieser Annahme steht aber einmal der von Javolenus selbst angeführte Entscheidungs-

---

80) ad l. 89. nr. 124.

81) de j. a. l. II. cap. 3. Er erzählt, daß Andere, welche den M. und S. für ganz separati hielten, in einem alten Codex die Lesart gefunden zu haben versicherten: M. f. dimidiam lego; Sejo etc. und fällt darüber das Urtheil: ὁ μεν λογος θαυμαστος, ὁ δε λεγων ἀπιστος. Das letzte mag wohl wahr seyn, das erste aber gewiß nicht, denn das lego war offenbar nur der Kürze wegen einfach gesetzt, und auf beyde übrigens ganz getrennte Sätze zu beziehen.

82) System §. 845.

grund entgegen „quia cum separatim et partes fundi et totus legatus sit,“ wodurch eine Verbalverbindung deutlich genug ausgeschlossen ist, und dann würde sie zu einem unauflöslichen Widerspruche mit l. 89. cit. führen, woselbst nach Vivians, und auch Thibaut's Annahme gerade hierdurch ein Vorzugsrecht bewirkt wird, welches doch in l. 41. für Maevius ganz eben so Statt finden müßte. Endlich würden die Vertheidiger dieser Ansicht wenigstens nicht läugnen, daß die Verbalverbindung, welche sie hier annehmen, ohne alle Bedeutung ist, denn ganz dasselbe Resultat in Beziehung auf Vertheilung und Accretion würde sich ohne Zweifel ergeben, wenn jene wegfiele, also M. und S. noch deutlicher von einander separirt wären.

Sehen wir zunächst auf die, diesem sonderbaren Vermächtnisse zu Grunde liegende Absicht des Erblassers, so ist sie mit etwas andern Worten ausgedrückt diese: von meinem fundus soll A ¼, B ¼, C ½ haben; auf den Fall, daß einer von ihnen sein Legat nicht erwirbt, soll unter Allen ein jus accr. Statt finden, doch sollen A und B jeder nie mehr, als höchstens die Hälfte des fundus bekommen.“ Statt dieser etwas weitläufigen Einsetzungsart wählte der Erblasser die kürzere, für Vertheilung und Accretion dasselbe Resultat gebende, welches er, wie wir ihm bey jener einen Periode wohl zutrauen dürfen, gewiß vollkommen zu übersehen im Stande war. Was nun diese Form betrifft, so lehrt sie uns nur, daß S. auch auf eine Hälfte des fundus angewiesen wurde, ob dieß aber die zweyte Hälfte seyn würde, war eben so un-

gewiß, als es unrichtig seyn würde, anzunehmen, daß es die erste schon einmal vergebene sey, ehe T. dazu gerufen wurde, denn die Lage jener Hälfte war ganz ungewiß gelassen. Hieße es dagegen, M. soll die eine Hälfte von dem Wege nördlich, S. die andere südliche haben, T. soll den ganzen fundus haben, so bekäme nun T. einen Theil der südlichen und einen andern der nördlichen Hälfte, und wenn S. wegfiele, dessen ganze Portion allein; in diesem Falle nämlich konnten M. und S. nie re conjuncti werden, was sie in dem Beyspiele der l. 41. allerdings sind. Diese Subsumtion ist ganz unbedenklich, wenn man sich an den oben bemerkten Satz erinnert, daß Realverbindungen erst dann hervortreten, wenn man das ganze Testament im Zusammenhange übersieht, weil man erst jetzt beurtheilen kann, ob jeder von Mehreren ein abgesondertes Ganze für sich erhält, oder ob sie zur Concurrenz an einem Objecte berufen sind. Das letztere war hier offenbar der Fall, und fiel daher Sejus weg, so wurde der ganze fundus unter die beiden Uebrigen der Absicht des Erblassers gemäß in Verhältniß von 1 zu 2 vertheilt.

Gedruckt bey Ernst Traugott Eifert.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Baumeister, Hermann

Das Anwachsungsrecht unter Miterben nach Römischem Rechte

Tübingen 1829

J.rom.m. 33 f

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566445-1